

615

DE DUALITEIT VAN KERKELIJK
EN
BURGERLIJK HUWELIJK

A. J. M. VAN OVERVELDT

DE DUALITEIT VAN
KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK

Promotor: PROF. MR CH. J. J. M. PETIT

DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN
DOCTOR IN DE RECHTSGELEERDHEID
AAN DE R.K. UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN,
OP GEZAG VAN DE RECTOR MAGNIFICUS
MR CH. J. J. M. PETIT, HOOGLERAAR IN DE
FACULTEIT DER RECHTSGELEERDHEID, IN
HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN IN DE
AULA DER UNIVERSITEIT OP WOENSDAG
29 APRIL 1953 DES NAMIDDAGS TE 2 UUR

DOOR

ADRIANUS JOHANNES MARIA VAN OVERVELDT

GEBOREN TE BERGEN OP ZOOM

1953

UITGEVERIJ W. BERGMANS N.V. - TILBURG

GEDRUKT MET STEUN VAN DE
SINT RADBOUDSTICHTING, HET
DR VAN GILSFONDS EN HET
THIJMGENOOTSCHAP

AAN MIJN VROUW

N.V. GRAFISCHE KUNSTINRICHTING J. VAN POLL SUYKERBUYK, ROSENDAAL

INHOUDSOPGAVE

INLEIDING	1
EERSTE DEEL:	
HET ONTSTAAN VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK	5
Inleiding	7
Hoofdstuk I: HET CONCILIE VAN TRENTE .	10
§ 1. De sacramento matrimonii . . .	10
§ 2. De reformatione matrimonii . .	12
Hoofdstuk II: FRANKRIJK EN DE BEPALINGEN VAN HET CONCILIE VAN TRENTE	15
§ 1. De non-receptie van het Concilie van Trente	15
§ 2. Huwelijksregeling en huwelijksrechtspraak in het „ancien régime” . .	18
I. Wetgeving	18
1. Karakter van de Ordonnance de Blois	19
2. De koninklijke wetgeving en het kerkelijk recht	21
II. Rechtspraak	34
Hoofdstuk III: DE HUWELIJKEN DER PROTESTANTEN . .	38
Hoofdstuk IV: DE CIVILISTISCHE CONTRACTSLEER .	43
§ 1. Inhoud der doctrine	43
§ 2. De oorsprong van het reële onderscheid tussen overeenkomst en sacrament	44
§ 3. De leer der exclusieve macht van de Kerk tot regeling van het huwelijk	47
§ 4. De leer van de exclusieve staatsmacht tot vaststelling van ongeldig- makende beletselen	50
§ 5. De leer van de dubbele rechtsmacht	58
§ 6. De leer van de exclusieve staatsmacht tot regeling van het huwelijk	62
Hoofdstuk V: DE SECULARISATIE VAN HET HUWELIJK . .	65
§ 1. De toepassing van de contractsleer vóór de Franse Revolutie . .	65
I. Het edict van 28 November 1787 van Lodewijk XVI	65
II. De secularisatiepolitiek van Joseph II	67
§ 2. De Franse Revolutie en de Code civil	69
I. De Franse Revolutie; de wet van September 1792 . .	69
II. De Code civil 1804	73
§ 3. De secularisatie in Nederland	77
I. De Oude Republiek	77
II. De periode van 1795 tot 1838 . .	80
III. Het Burgerlijk Wetboek . .	80

TWEEDE DEEL:

DE VERHOUDING TUSSEN KERK EN STAAT IN BUITEN- LANDSE HUWELIJSREGELINGEN 83

Inleiding 85

Hoofdstuk I: HET EXCLUSIEF BURGERLIJK HUWELIJK .. 86

§ 1. Materiële secularisatie van het huwelijksrecht .. 86

§ 2. De verbreiding van het burgerlijk huwelijk 89

§ 3. De prioriteit van het burgerlijk huwelijk ten opzichte van een even-
tueel kerkelijk huwelijk 93

Hoofdstuk II: HET EXCLUSIEF RELIGIEUS HUWELIJK .. 97

§ 1. Quebec 98

§ 2. Staten met religieus personeel statuut . 104

§ 3. Griekenland 106

Hoofdstuk III: HET CUMULATIEF BURGERLIJK EN RELIGIEUS HU- WELIJK 109

Hoofdstuk IV: HET VOOR SOMMIGEN EXCLUSIEF RELIGIEUS, VOOR DE OVERIGEN EXCLUSIEF BURGERLIJK HUWELIJK 111

§ 1. Spanje 111

§ 2. Columbia. 116

Hoofdstuk V: HET FACULTATIEF RELIGIEUS HUWELIJK 117

§ 1. Verenigde Staten van Amerika . 117

§ 2. Engeland 121

§ 3. Scandinavische landen .. 126

I. Noorwegen . 127

II. Zweden .. 129

III. Denemarken 130

§ 4. Italië 131

I. Het canoniek huwelijk 132

II. Het kerkelijk huwelijk van niet-Katholieken 144

DERDE DEEL:

DE WAARDERING VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK. 147

Hoofdstuk I: DE RECHTEN VAN KATHOLIEKE KERK EN STAAT TEN AANZIEN VAN HET HUWELIJK VOLGENS DE KATHOLIEKE LEER 149

§ 1. De Katholieke Kerk en de secularisatie van het huwelijk 149

§ 2. Het bestuur over het vol-Christelijk, niet-Christelijk en half-
Christelijk huwelijk 153

Hoofdstuk II: DUALITEIT VAN HUWELIJSREGELING EN HAAR GEVOLGEN	157
§ 1. Inleiding; nietigheid van rechtswege en vernietigbaarheid .	157
§ 2. Huwelijks toestemming	161
I. Defecten in het verstand	163
1. Ontbreken van het gebruik van het verstand ..	163
2. Ontbreken van voldoende kennis	166
3. Dwaling	167
II. Defecten van de wil	169
1. Dwang	169
2. Simulatie en vitiërende voorwaarden ..	170
§ 3. De huwelijksbeletselen	173
I. Verbiedende beletselen	173
A. Canonieke beletselen	173
B. Burgerlijke beletselen	174
II. Ongeldigmakende beletselen	176
A. Canonieke beletselen	176
B. Burgerlijke beletselen	180
C. Canonieke en burgerlijke beletselen	184
§ 4. Huwelijksontbinding	188
I. Ontbinding door overlijden van een der echtgenoten	188
II. De mogelijkheden van ontbinding volgens het burgerlijk recht	189
III. De mogelijkheden van ontbinding volgens het canoniek recht .	191
§ 5. De eis van prioriteit van het burgerlijk huwelijk	194
§ 6. De waardering door Kerk en staat van elkaars huwelijk	197
 Hoofdstuk III: DE OPLOSSING VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK	201
Sommaire. Mariage religieux, mariage civil: leur dualité ..	211
Register van personennamen	215
Bibliographie ..	219

INLEIDING.

ALGEMEEN wordt erkend, dat de Nederlandse wetgever in artikel 83 B.W.¹ als beginsel heeft willen vooropstellen, dat hij elke kerkelijke bemoeienis met het huwelijk in het burgerlijk rechtsgebied uitsluit. Het huwelijk geldt voor de staat als een alleen door het burgerlijk recht geregelde instelling van wereldlijke aard. De wet vooronderstelt wel, dat het huwelijk nog in andere dan burgerlijke betrekkingen kan worden beschouwd, en ontkent niet, dat wellicht ook de kerk met betrekking tot het huwelijk voorschriften heeft vastgesteld. Doch om in de ogen van de staat getrouwd te zijn is nodig en voldoende, dat aan de bepalingen van de burgerlijke wet is voldaan.

Als men artikel 83 op zich beschouwt, d.w.z. het onttrekt aan het licht der historie, lijkt het niet nodig er als betekenis aan toe te kennen dat de burgerlijke wet „ignorera la législation canonique”.² Het artikel zegt dan slechts, dat de burgerlijke wet zich bepaalt tot wat der wet is, het huwelijk regelt „in quantum est officium communitatis”,³ terwijl aan de kerk wordt overgelaten wat tot het terrein van de godsdienst behoort.

Blijkens de geschiedenis echter heeft artikel 83 een zeer bepaalde betekenis. Het is in de wet opgenomen als een „plegtige afkondiging van een groot beginsel van wetgeving”,⁴ volgens hetwelk ten aanzien van het huwelijk „in foro civili” elk ander gezag dan dat van de staat wordt uitgesloten;⁵ het is bedoeld als een „opgerigte voormuur tegen aanmatiging” van kerkelijke zijde;⁶ „il exclut l'idée que le mariage qui n'est consacré que par le culte est aussi reconnu par la loi”.⁷

Zo beschouwd, moet de burgerlijke wet, die blijkbaar de gehele huwelijksmaterie aan zich heeft getrokken en geen rekening houdt met wat het kerkrecht omtrent het huwelijk bepaalt, van de kant der Katholieken uit godsdienstig oogpunt bezwaar ontmoeten.

¹ „De wet beschouwt het huwelijk alleen in deszelfs burgerlijke betrekkingen”. De betekenis is dezelfde als van artikel 7 van de 2e titel van de Franse constitutie van 1791. „La loi ne considère le mariage que comme contrat civil”. Naar de vorm is artikel 83 B.W. overgenomen uit het ontwerp-Code civil Voorgesteld was als „disposition générale” op te nemen „La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils”. Cambacères e a vonden het evenwel onnodig deze gedachte in de wet tot uitdrukking te brengen Vgl P. A. FENET, Recueil des travaux préparatoires du Code civil, Paris, Tome 9, 1836, p. 3-5

² PAUL VIOLLET, Histoire du droit civil français, 3me ed, Paris, 1905, p. 398

³ ST. THOMAS, IV Sent., d. 34, qu. 1, art. 1

⁴ Aldus SYPKENS, vgl. MR J. C. VOORDUIN, Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten Generaal, IIe deel, Utrecht, 1837, p. 140

⁵ Aldus de regering, VOORDUIN, IIe deel, p. 138.

⁶ In die zin de antipaapse SYPKENS, VOORDUIN, IIe deel, p. 140

⁷ BIGOT-PREAMENEU in de Conseil d'Etat, zitting van 13 September 1801, naar aanleiding van de voorgestelde „disposition generale” in noot 1 genoemd, vgl. FENET, Tome 9, p. 4.

Naar Katholieke opvatting immers is de regeling van het huwelijk - van gedoopten althans - tussen Katholieke Kerk en staat verdeeld. Voor Haar zelf eist Zij vooral op grond van het sacramentele karakter van het huwelijk exclusieve zeggenschap op met betrekking tot de substantie van het huwelijk. Het is aan Haar te bepalen enerzijds welke voorwaarden vervuld moeten zijn voor het ontstaan van een geldige huwelijksband,⁸ anderzijds op welke gronden die band kan worden verbroken. Insgelijks pretendeert Zij uitsluitende macht ten aanzien van de onafscheidenlijk met het wezen van het huwelijk verbonden gevolgen, de „effectus inseparabiles a matrimonii substantia”. De staat is Haars inziens gehouden het canoniek recht dienaangaande integraal te aanvaarden, het burgerrechtelijk te erkennen, zich zelf beperkend tot de regeling van de zuiver burgerlijke gevolgen, de „effectus mere civiles” of „separabiles”.⁹

Nu de staat de kerkelijke huwelijkswet niet als complement van zijn regeling erkent en de Kerk zich niet schikt naar de burgerlijke regeling (voorzover de substantie van het huwelijk betreft), zijn de Katholieken gebonden aan tweeerlei huwelijksrecht. De Katholiek moet twee maal trouwen, een keer - en wel het eerst¹⁰ - voor de staat, de andere maal voor de Kerk.

Al belijdt de Katholiek, dat het staatshuwelijk voor hem eigenlijk geen huwelijk is, doch slechts in naam daarmee overeenkomt, toch zal hij niet nalaten het burgerlijk huwelijk aan te gaan. Aan de formaliteit van het burgerlijk huwelijk zal hij zich immers ter wille van de gevolgen niet kunnen onttrekken. Het kerkelijk huwelijk zal hij evenwel sluiten om zich wezenlijk in de echt gebonden te achten, om voor God gehuwd te zijn.

Hij moet aan twee soorten huwelijksvoorschriften voldoen: aan de canonieke om het huwelijk zelf, aan de burgerlijke om de civielrechtelijke gevolgen. Sluit hij alleen het kerkelijk huwelijk, dan is hij volgens de Kerk onverbreekelijk verbonden; naar staatsopvatting leeft hij in concubinaat. Trouwt hij slechts burgerlijk, dan bezwaart hij volgens de Kerk zijn geweten met een ongeoorloofde verhouding, terwijl diezelfde verhouding door de staat als een eerbare huwelijksgemeenschap wordt aangemerkt.

Is hij zowel kerkelijk als burgerlijk gehuwd, dan kan zijn burgerlijk huwelijk op andere gronden worden ontbonden dan het kerkelijk huwelijk; kerkelijk

⁸ De canonieke literatuur spreekt van: *ligamen*, *foedus (matrimonii)*, *vinculum (conjugale of matrimoniale)*.

⁹ Vgl. canon 1016 *Codex Iuris Canonici*, zie ook canon 1961.

Tot de „effectus inseparabiles” behoren de „iura et officia reciproca coniugum, legitimitas proles, patria potestas parentum in filios et horum obligationes in parentes”, tot de „effectus separabiles” of „mere civiles”: „quantitas dotis, iura successionis coniugum erga parentes sive quoad nobilitatem sive quoad bona, item successionis coniugum reciproce, vel filiorum ipsorum quoad bona aut nobilitatem”, *PETRUS GASPARRI, Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. nova ad mentem *Codicis I.C.*, Romae, 1932, Vol. I, no. 237, p. 144. Het geseculariseerde huwelijksrecht maakt het onderscheid tussen „onafscheidenlijke” en „zuiver burgerlijke” gevolgen niet. „Burgerlijke gevolgen” omvat naar burgerlijke opvatting beide soorten, is dus ruimer dan het canonieke „effectus mere civiles”. Voor het moderne burgerlijke huwelijksrecht is eerstgenoemd onderscheid zonder belang, van des te groter voor goed begip van de geschiedenis over de verhouding tussen kerk en staat met betrekking tot de regeling van het huwelijk.

¹⁰ Artikelen 136 B.W. en 449 Sr.

kan de „status liber” op andere wijzen worden verkregen dan volgens de burgerlijke wet.

Zo regelen twee rechtsgemeenschappen elk afzonderlijk, onafhankelijk van elkaar hetzelfde object voor dezelfde personen. Door deze dubbele - burgerlijke en canonieke - regeling, door de dubbele rechtspraak ook, bestaat een dualiteit.

In het eerste deel van deze studie stellen wij ons voor de oorzaken op te sporen, welke tot de dualiteit van het huwelijk hebben geleid. Onze beschouwing komt neer op een onderzoek naar het ontstaan van het geseculariseerde huwelijk naast en tegenover het kerkelijke.

Aan deze - historische - zijde van het vraagstuk der antagonie tussen Kerk en staat is in de Nederlandse rechtsliteratuur zeer weinig aandacht besteed. Hoogstens wordt op de Franse oorsprong van het burgerlijk huwelijk, zoals wij dat kennen, gewezen. Aan de grondslagen van het geseculariseerde huwelijk, aan het „hoe?” en „waarom?” van het ontstaan der Franse instelling gaat men nagenoeg geheel voorbij.

Velen, zo niet allen, zien in het secularisatie-artikel 83 B.W. de uitdrukking van het beginsel van scheiding van kerk en staat. Daarop valt wel geen aanmerking te maken. Doch er is niet zonder meer door verklaard, waarom naar de beschouwing van de wetgever het huwelijk een aangelegenheid van de staat is, welke krachtens dat beginsel van scheiding aan de bemoeiing van de kerk is onttrokken.

Het lijkt ons niet zonder belang na te gaan, of en zo ja op welke wijze, de Franse wetgever het onttrekken van het huwelijk aan de kerkelijke bevoegdheid heeft gerechtvaardigd. Met zijn systeem van geseculariseerd huwelijk hebben wij toch ook zijn daaraan ten grondslag liggende conceptie van het huwelijk als een wereldlijke aangelegenheid, als een „institution civile”¹¹ overgenomen.

Het tweede en derde deel bevatten rechtsvergelijkende beschouwingen.

Die van deel II betreffen de vraag, welke rol de godsdienst in buitenlandse rechtstelsels met betrekking tot het huwelijk vervult. Sommige daarvan zien in het huwelijk in navolging van het Franse systeem een enkel burgerlijke aangelegenheid, die volkomen onafhankelijk van de godsdienst moet worden behandeld.

Het stelsel van het allen - ongeacht godsdienstige belijdenis - dwingend opgelegde burgerlijk huwelijk is echter slechts één van de mogelijkheden, welke de staat ter keuze staan. Zijn opvatting over het huwelijk kan ook een andere zijn.

Hij kan het huwelijk ook zien als een particuliere aangelegenheid van partijen, zoals Sovjet-Rusland tot de wet van 8 Juli 1944 deed. Dan is het huwelijk naar staatsbeschouwing niet alleen onttrokken aan de religie, doch ook de staat bemoeit er zich niet of nauwelijks mee. Formele en materiële

¹¹ Vgl. NICOLAI's rede bij: VOORDUIN, IIe deel, p. 138 vlg.

huwelijksvereisten ontbreken.¹² Rechts aanvaardt de staat dan het feit, dat man en vrouw samenleven, als huwelijk, als hoedanig het Hongaarse Hooggerechtshof het Russische „huwelijk” overigens weigerde te erkennen.¹³ Op dezelfde vrije en vormloze wijze, als het tot stand komt, kan het worden ontbonden: het einde van de samenleving betekent dan tevens het einde van de echtvereniging.

In het algemeen geldt het huwelijk voor de moderne staat echter als een zaak van publieke orde, onttrokken aan de willekeur van partijen.

Nu kan de staat òfwel het huwelijk als zaak van openbare orde geheel aan zich trekken (het resultaat is hèt burgerlijk huwelijk), òfwel ook de godsdienst, de kerk „in foro civili” een plaats toekennen. Die invloed van de godsdienst kan ver en minder ver gaan; het grootst is hij, als de staat geen eigen huwelijk heeft doch uitsluitend een enkel door het kerkrecht geregeld huwelijk erkent, zoals in de Middeleeuwen het geval was en thans nog in Mohammedaanse staten bijvoorbeeld. Tussen dat exclusief door de kerk en het uitsluitend door de staat geregelde huwelijk bestaan tussenvormen.

Het derde deel zal gewijd zijn aan een beschouwing der waardering der dualiteit van canoniek en burgerlijk huwelijk. Daartoe hebben wij onze uiteenzetting beperkt. Hoofdzakelijk zal dat deel betrekking hebben op de gevolgen der dualiteit. In een slothoofdstuk volgt de behandeling van de vraag, of in Nederland een praktische, voor Katholieke Kerk en staat aanvaardbare oplossing van de tweespalt tussen de twee souvereinen mogelijk moet worden geacht. Met het oog op die kwestie deden wij de materie van het tweede deel aan die van het derde voorafgaan.

¹² Zie voor het huwelijksrecht van Sovjet-Rusland, zoals dat tot 8 Juli 1944 heeft gegolden: DR HEINRICH FREUND, *Das Eherecht in der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken* in: LESKE LOEWENFELD, *Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 2. Auflage, Berlin 1938, p. 319-376, vgl. p. 337. Het huwelijk is een „privater Vorgang, der lediglich von dem Willen der Partner abhängig ist und sich nicht reglementieren lässt. Jede gesetzliche Normierung wurde nur auf dem Papier stehen und damit ihren Sinn verlieren”.

¹³ In zijn vonnis van 23 Februari 1926, aangehaald door ERNST RABEL, *The conflict of laws, a comparative study*, Vol. I, *Introduction Family Law*, Chicago, 1945, p. 205. Anders het Engelse Court of Appeal in 1929 (vgl. RABEL, p. 205) en sedert 1938 ook het Duitse Reichsgericht (vgl. RABEL, p. 206).

EERSTE DEEL.

HET ONTSTAAN VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK.

EERSTE DEEL.

HET ONTSTAAN VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK.

INLEIDING.

Hoe welgezind Constantijn en zijn keizerlijke opvolgers alsmede de Franse vorsten de Christelijke godsdienst ook waren, noch in het Romeinse Rijk, noch in het Frankische, werd van staatswege het huwelijk aan de uitsluitende regeling en rechtspraak der Katholieke Kerk overgelaten. Wel droeg het huwelijksrecht van de staat het stempel van het canonieke, doch de daadwerkelijke erkenning, dat de kerkelijke huwelijkswetgeving civiliter integraal en exclusief van kracht was, heeft nimmer plaats gehad. Naast elkaar bestonden het door de staat vastgestelde huwelijksrecht en dat der Christelijke Kerk, grotendeels met elkaar overeenstemmend, doch niet altijd identiek: „*Aliae sunt leges Caesarum, aliae Christi; aliud Papinianus, aliud Paulus noster praecipit*”.¹

Eerst omstreeks de tiende-elfde eeuw wordt het Katholieke ideaal werkelijkheid, dat ook heden ten dage nog in canon 1016² de staat ter verwezenlijking wordt voorgelaten.

Vanaf die tijd wordt tot het einde der Middeleeuwen als beginsel niet alleen in theorie aangehangen, doch van staatswege ook effectief erkend, dat alléén de Kerk - óók „in foro civili” - de bestuursmacht toekomt met betrekking tot de huwelijksband en de daarmee onafscheidelijk verbonden gevolgen, en dat de staat slechts bevoegd is ten opzichte van de zuiver burgerlijke gevolgen.³ De exclusiviteit der kerkelijke bestuursmacht wordt o.a. door Lefebvre⁴ vooral uit twee omstandigheden verklaard. Allereerst heeft de verzwakking van het vorstengezag niet weinig aan de volledige triomf van het kerkelijk huwelijksrecht bijgedragen. Op de tweede plaats is de ideaal-toestand hieraan te dan-

¹ Aldus de H. HIERONYMUS met betrekking tot de echtscheiding van FABIOLA (Ep. LXXXVII ad Oceanum), aangehaald door GEORGE HAYWARD JOYCE S.J., *Het Christelijk Huwelijk, Een historische en dogmatische studie*, Haarlem, 1940, p. 210, zie ook RENE DESJARDINS, *Le mariage en Italie depuis les Accords de Latran*, Paris, 1933, p. 9.

² „Baptizatorum matrimonium regitur iure non solum divino, sed etiam canonico, salva competentia civilis potestatis circa mere civiles eiusdem matrimonii effectus”.

³ Wel konniste de kerkelijke rechter ook over kwesties betreffende de „zuiver burgerlijke gevolgen”, n.l. als deze zich niet als hoofdzaak, doch accessoir met een kwestie aangaande de huwelijksband verbonden voordeden. Deze handelwijze werd gevolgd om de lange duur en de verwarring van twee procedures voor twee verschillende rechterlijke instanties te voorkomen; vgl. VIOLLET, p. 399 en RENE LEMAIRE, *Etude historique et critique, Le Mariage Civil*, Paris, 1901, p. 38.

⁴ CHARLES LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français*, II, *Le lien de mariage*, Paris, 1913-1923, p. 81 vlg.

ken, dat de Middeleeuwse maatschappij universeel het theologisch gegeven heeft aanvaard, dat het huwelijk, als een der door Christus ingestelde sacramenten, uitsluitend kerkelijk van aard is en derhalve alléén Christus' Kerk ter regeling voorbehouden.

Dit beeld wijzigt zich echter vanaf de zestiende eeuw. Sedert dien wordt de Middeleeuwse opvatting over de taakverdeling tussen Kerk en staat niet meer algemeen gehuldigd: de doctrine onttrekt het huwelijk geheel of gedeeltelijk aan de rechtsmacht van de Kerk, terwijl de staat, en met name Frankrijk, zelfstandig regelend en rechtsprekend optreedt.

Er wordt in de zestiende eeuw niet slechts een door de innerlijke misstanden in de Kerk dringend noodzakelijk geworden hervorming in „hoofd en leden" nagestreefd, doch de „reformatoren" willen de leer van de Kerk zelf hervormen.⁵ Zij sparen ook de traditionele Katholieke huwelijksleer niet: voor hen is het huwelijk in principe een aangelegenheid van de staat. Door deze opvatting wordt de Kerk gedwongen tot dogmatische definiëring zowel van de sacramentaliteit van het huwelijk (de voornaamste rechtsgrond Harer aanspraken) als van Haar wetgevende en rechterlijke bevoegdheid.

Aan het moderne geseculariseerde huwelijk ligt nochtans niet de reformatische leer omtrent het karakter van het huwelijk ten grondslag. De instelling van het burgerlijk huwelijk, ook te onzent overgenomen, is immers afkomstig van Frankrijk, dat nimmer de Protestantse opvatting, welke de sacramentaliteit van het huwelijk ontkende, tot de zijne heeft gemaakt.

De verwereldlijking van het huwelijk op het einde van de achttiende eeuw mag ook niet beschouwd worden als een „Revolutionnaire" nieuwigheid, die niet reeds sedert enige eeuwen praktisch en theoretisch was voorbereid. De Franse wetgever van het „ancien régime" eiste wel tot het eind van dat tijdvak, dat de Katholieken om voor de staat getrouwd te zijn het huwelijks-sacrament zouden ontvangen. Maar toch weerhield dit (ook door de Franse staat erkende) sacramentele karakter van het huwelijk de burgerlijke wetgever niet om eigen, zij het bij het kerkelijk recht aansluitende huwelijkswetten uit te vaardigen. Vanaf de tweede helft van de zestiende eeuw poogt Frankrijk het huwelijk onder de macht van de staat te brengen, er overigens tegelijkertijd naar strevend te ontkomen aan het „anathema" van de Kerk. De staat gaat het huwelijk in zijn bestuur betrekken, niet op grond van een of andere doctrine, maar omdat hem dat goeddunkt. In de gedachtengang van het opkomend absolutisme heeft de staat een te groot belang bij het huwelijk, „le séminaire des états, la source et l'origine de la société civile"⁶, dan dat hij er zich van kan onthouden zijn belang te doen gelden. Het staatsgezag wil zich niet onvoorwaardelijk schikken naar wat de Kerk bepaalt. Wat in het canoniek huwelijksrecht maatschappelijk onvoldoende wordt geoor-

⁵ KARDINAAL DE JONG, Handboek der Kerkgeschiedenis, deel III, 4e druk, Nijmegen-Utrecht, 1948, p. 1.

⁶ Préambule van de Déclaration sur les formalités du mariage etc. van 26 November 1639, in: ISAMBERT et TAILLANDER, Recueil général des anciennes lois françaises, Paris, Tome XVI, p. 520.

deeld, zal de staat aanvullen, hetzij door zijn wetten, hetzij door zijn rechtspraak. Zo staan soms Kerk en staat, die, zoals we zullen zien, enerzijds nauw met elkaar zijn verbonden, anderzijds geheel tegenover elkaar.

De verscheuring der Christenheid in Katholieken en Protestanten stelt het Katholieke Frankrijk voor een nieuw probleem. Naar Katholieke beschouwing zijn de Protestanten, niet minder dan de Rooms-Katholieken zelf, aan de rechtsmacht van de Katholieke Kerk onderworpen. De Protestanten erkennen de Katholiek-kerkelijke aanspraken uiteraard niet en derhalve ook niet het canoniek huwelijksrecht als hen bindend.

Het Concilie van Trente voert de huwelijksvorm „praesente parcho” als essentiële rechtsvorm van het huwelijk in. De Franse koning sluit daarbij aan en schrijft zijn onderdanen die vorm ter inachtneming voor.

Moet hij ook zijn Protestantse onderdanen daartoe verplichten? Moet hij, wanneer het Trentse recht ook op de Protestanten van toepassing is, het „cuius regio, illius et religio” strikt toepassen? Zal zijn streven er op gericht zijn op die wijze de overeenstemming met de Kerk te bewaren? Of zal een op orde en rust gerichte politiek een zekere tolerantie eisen, welke voor de Protestanten een afwijkende huwelijksregeling met zich brengt?

Wat te doen, als de Trentse bepalingen de Protestanten niet tot nakoming er van blijken te verplichten? Moet hij zich dan schikken naar het kerkrecht? Of moet het „un roi, une loi, une foi” op een zodanige wijze worden toegepast, dat pluraliteit van huwelijksregeling moet worden afgewezen? We zullen zien, dat Frankrijk ten opzichte van de huwelijken der Protestanten niet steeds dezelfde politiek heeft gevoerd.

Sedert de zestiende eeuw ontmoeten we ten slotte een theorie, die zonder de sacramentaliteit van het huwelijk te ontkennen, in de regeling en rechtspraak met betrekking tot de huwelijksmaterie de staat per se rechten wil toekennen, hetzij exclusieve, hetzij concurrente. En het is de tragiek voor de Kerk, dat deze doctrine - de civilistische contractsleer - niet door burgerlijke auteurs het eerst wordt verkondigd, doch door Katholieke theologen.

HOOFDSTUK I.

HET CONCILIE VAN TRENTÉ.

§ 1. DE SACRAMENTO MATRIMONII.

In de godsdienstige beroeringen van de zestiende eeuw wordt èn van Erasmus¹ èn van Protestantse zijde het sacramentele karakter van het huwelijk ontkend.

In LUTHER's geschriften over het huwelijk zijn vele punten van tegenspraak. Niet onmiddellijk na zijn afval van de Katholieke Kerk schijnt hij ook de traditionele leer der Kerk over de sacramentaliteit van het huwelijk te hebben afgewezen. Friedberg is althans van oordeel, dat Luther in zijn „Sermon vom ehelichen Stande” van 1519 het huwelijk niet minder sacramenteel acht dan het doopsel.² Ook in zijn „Predigten über das erste Buch Moses” van 1527 noemt hij het huwelijk een „Sacrament”, maar dan, naar het schijnt, meer in de zin van teken van een heilige zaak: „Deutung Christi und der Christenheit”.³

In zijn „Von der Babylonischen gefencknuss” van 1520 en vooral in „Von den Concilijs und Kirchen” van 1539 bestrijdt hij de Katholieke leer en ontkent ten stelligste, dat het huwelijk een sacrament is.⁴ Volgens Luther moet de sacramentaliteit in het huwelijk wel ontbreken, omdat het essentiële van een sacrament, n.l. opwekking van het geloof, in het huwelijk niet wordt aangetroffen.⁵ Genade wordt door het aangaan van het huwelijk z.i. zeker niet ontvangen.⁶

Eensdeels het huwelijk als heilig van aard beschouwend, „der allergeistlichste Stand”, ziet hij het in zijn „Vorrede zum grossen Katechismus mit dem Traubuchlein” (1529) toch slechts als een „weltlich Geschäft” en in zijn „Von Ehesachen” (1530) als een „ausserlich weltlich Ding”.⁷

¹ AUG THEINER, *Acta genuina SS Oecumenici Concilii Tridentini*, Tom II, Zagrabiae, 1874, p. 237, ANTONIUS COCHIER „Et cum Erasmus opponit [matrimonium] non esse sacramentum, quia non habet (ut ait) promissionem gratiae, resp id falsum esse”.

² EMIL FRIEDBERG, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1865, p. 157

³ FRIEDBERG, p. 157, vgl AL DE SMET, *Tractatus Theologico-canonicus de Sponsalibus et Matrimonio*, Ed IVa, Brugis, 1927, no 162, p. 141, noot 1.

⁴ FRIEDBERG, p. 157.

⁵ DE SMET, no 162, p. 141, noot 1

⁶ De Captivitate Babylonica ecclesiae Praeludium „Nusquam autem legitur, aliquid gratiae Dei accepturum quisquis uxorem duxerit Quin nec signum est divinitus institutum in matrimonio” en „Deinde cum matrimonium fuerit ab initio mundi et apud infideles adhuc permaneat, nullae subsunt rationes ut sacramentum novae legis et solius ecclesiae possit dici”, D. Martini Lutheri *Opera Latina varii argumenti ad reformationis historiam imprimis pertinentia curavit DR HENRICUS SCHMIDT*, Vol V, Francofurti ad M., 1868, p. 88

⁷ Aangehaald door FRIEDBERG, p. 159, zie ook AUGUST KNECHT, *Handbuch des katholischen Eherechts*, Freiburg im Breisgau, 1928, p. 86, noot 3.

Minder verward dan Luther is CALVIJN in zijn „*Institutio Christianae religionis*”, waarin hij de leer van het huwelijkssacrament fel aanvalt: vóór Gregorius VII heeft niemand het huwelijk als een sacrament beschouwd. En waar wordt in het huwelijk de uiterlijke ceremonie gevonden, door God ingesteld als teken van bekrachtiging ener gelofte? Een kind weet, dat dit teken ontbreekt. De instelling van het huwelijk door God rechtvaardigt niet de gevolgtrekking, dat het daarom een sacrament is; dan toch moeten ook de landbouw, architectuur, het kappersvak en het schoenmakersambacht, niet minder instellingen Gods, tot de sacramenten worden gerekend.⁸

De gevolgtrekking, welke de hervormers uit de nieuwe leer trekken, is bekend. Het huwelijk als zaak van natuurlijke, burgerlijke orde behoort volgens hen èn in wetgeving èn in rechtspraak tot de competentie van de staat: „Es kann ja niemand leucken, dass die Ehe ein ausserlich, weltlich Ding ist, wie Kleider und Speise, Haus und Hof, weltlicher Oberkeit unterworfen”⁹ zegt Luther en verder: „Ehesachen gehen die Gewissen nicht an, sondern gehören für die weltliche Oberkeit”.¹⁰ Dit geluid was echter zo nieuw, de conclusie zo revolutionnair, dat zelfs de Protestantse vorsten deze hun zo welgezinde leer niet altijd in toepassing hebben gebracht en zowel wetgeving als rechtspraak met betrekking tot het huwelijk in vele gevallen aan de kerk, de hervormde dan, overlieten. Door deze aarzeling der burgerlijke overheid ontwikkelde zich een evangelisch huwelijksrecht naast het canonieke, waarbij in Duitse landen de consistories de taak der Katholieke officialen overnamen.¹¹

Het Concilie van Trente kon op deze aantastingen der Katholieke geloofsleer het antwoord niet schuldig blijven.

In zijn 24ste zitting, onder het Pontificaat van Paus Pius IV, gehouden op 11 November 1563, heeft het in een aantal canones, de Protestantse doctrine afwijzend, de geloofsleer der Kerk plechtig gedefinieerd. In overeenstemming

⁸ *Institutio Christianae religionis*, Lib. IIII, cap. XIX, no. 34., „Postremum est matrimonium, quod ut a Deo institutum fatentur omnes, ita pro Sacramento datum nemo usque ad Gregorii tempora viderat. Et cui unquam sobrio in mentem venisset? Ordinatio Dei bona est et sancta: et agricultura, architectura, sutrina, tonstrina ordinationes sunt Dei legitimae, nec tamen Sacramenta sunt, id enim non tantum id in Sacramento quaeritur ut Dei sit opus, sed ut sit ceremonia exterior a Deo posita ad confirmandam promissionem Nihil tale est in matrimonio pueri quoque iudicabunt”, uitgave P. BARTH-G NIESEL *Joannis Calvini Opera Selecta*, Vol. V, 1936, Monachii in Aedibus, p. 467-468.

⁹ FRIEDBERG, p. 159, KNECHT, p. 86, noot 3.

¹⁰ FRIEDBERG, p. 160, KNECHT, p. 86, noot 3, aldaar ook „Conjugium est res politica” (Tischreden, 1538).

¹¹ MAURICE COVILLARD, *Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français*, Paris, 1899, p. 14, JULES BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, 1900, p. 23. Ook bij de Protestantse geestelijkheid bestond de tendenz de beoordeling der „causae matrimoniales” tot de competentie der kerk te rekenen, vgl. FRIEDBERG, p. 164, TH. GOUSSET, *Le Code civil commenté sous ses rapports avec la Théologie-morale*, 4me éd., 1835, Tournay, p. 61, J. H. BOEHMER, *Jus ecclesiasticum Protestantium*, 4a ed., Halae Magdeburgicae, 1738, Tom. I, lib. 2, tit. 2, § 25, p. 997 „adeo vero causae matrimoniales ad consistoria nostra spectant”.

met de leer der Heilige Vaders,¹² de Concilies¹³ en de „universalis Ecclesiae Traditio”,¹⁴ wordt in Canon 1 van „De Sacramento Matrimonii” als dogma geleerd, dat het huwelijk is één der zeven sacramenten van het Nieuwe Verbond, ingesteld door Jezus Christus.¹⁵ Canon 4 promulgeert als geloofsleer de wetgevende macht van de Kerk,¹⁶ terwijl Canon 12 de bevoegdheid der kerkelijke rechters om van huwelijkszaken kennis te nemen buiten alle twijfel stelt.¹⁷

§ 2. DE REFORMATIONE MATRIMONII.

De Kerk heeft op het Concilie van Trente omtrent het huwelijk niet slechts enige geloofswaarheden gedefinieerd. Ook heeft Zij, nu daartoe alle reden bleek te bestaan, Haar huwelijksrecht herzien.

Al vroeg is door de kerkelijke overheid bepaald, dat de gelovigen het huwelijk in het openbaar ten overstaan van de priester moesten aangaan.¹⁸ Ook het voorschrift van godsdienstige plechtigheden bij de huwelijksvoltrekking te vervullen is van zeer oude datum. Nochtans had niet-inachtneming van het kerkelijk voorschrift van sluiting „in facie Ecclesiae” geenszins de ongeldigheid van het huwelijk tot gevolg.¹⁹ Huwelijksluiting zonder nakoming van het gebod van publiciteit raakte de geldigheid van het huwelijk niet, doch riep voor partijen slechts kerkelijke straffen te voorschijn. Ook op het eind der Middeleeuwen kent de Kerk de substantiele eis van openbaarheid niet. Wel wordt in verschillende nationale concilies van de vijftiende en de eerste helft der zestiende eeuw het gebod van openbare sluiting nogmaals afgekondigd, doch niet-opvolging daarvan raakte slechts de geoorloofdheid, niet de geldigheid van de huwelijksvoltrekking.²⁰

¹² Vgl. DR A H MALTHA O P en LR R W THUYS O P., Katholieke Dogmatiek, Roermond-Maastricht, 1951, p. 912, DE SMET, no 165, p 145 vlg

¹³ Concilium Veronense, 1184, zie DE SMET, no. 162, p 141, Concilium Lugdunense, 1274, H DENZINGER, *Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, ed. Xa, Friburgi Brisgoviae, 1908, 465, p 203, Concilium Florentinum, 1438 1445, DENZINGER, 702, p 242

¹⁴ Concilie van Trente, 24e zitting, *Doctrina de sacramento matrimonii*, DENZINGER, 970, p 320, *Canones et decreta sacrosancti oecumenici Concilii Tridentini*, ed. novissima, Taurini, 1913, p 170.

¹⁵ Canon 1: „Si quis dixerit, matrimonium non esse vere, et proprie unum ex septem legis evangelicae sacramentis a Christo Domino institutum, sed ab hominibus in Ecclesia inventum, neque gratiam conferre, anathema sit” DENZINGER, 971, p 320, *Canones et decreta Conc Trid*, p 170.

¹⁶ Canon 4 „Si quis dixerit, Ecclesiam non potuisse constituere impedimenta matrimonium dirimentia, vel in iis constituendis errasse, anathema sit” DENZINGER, 974, p 321, *Canones et decreta Conc Trid*, p 171

¹⁷ Canon 12 „Si quis dixerit, causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit” DENZINGER, 982, p. 322

¹⁸ JOYCE, p 102

¹⁹ Aldus de meeste auteurs JOYCE, p 102 vlg, A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2me éd., Tome I, Paris, 1929, p 116, L. BEAUCHET, *Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 6me année, Paris, 1882, p 385 vlg

Anders POTHIER, *Oeuvres complètes*, Tome X, nouvelle éd., *Traité du contrat de mariage*, Paris, 1821, no 346, die meent, dat sluiting „in facie Ecclesiae” zich van een vroom gebruik tot een voor de geldigheid van het huwelijk vereiste vorm heeft ontwikkeld, doch door desuetudo van de 12e eeuw af niet meer als substantiele eis heeft gegolden

²⁰ Concilie van Parijs, 1429, canon 32, Concilie van Narbonne, 1551, canon 53, aangehaald door BEAUCHET, p 387.

Als beslissend voor de totstandkoming werd beschouwd de in vrijheid gegeven wederzijdse toestemming; het enkel consensueel, „per verba de praesenti”, gesloten huwelijk gold als waarachtig huwelijkssacrament.²¹

Een dergelijke vormloosheid kon tot velerlei misstanden aanleiding geven. De rechtszekerheid werd door deze zogenaamde „matrimonia clandestina”²² grotelijks te kort gedaan.

Het bestaan van het „clandestien” gesloten huwelijk kon - wanneer het niet scheen te hebben gebracht, wat men er van verwachtte - door een of beide partijen gemakkelijk worden ontkend en, bij gebrek aan bewijs, „in foro externo” als niet-bestaand worden aangemerkt. Sloot een van de echtgenoten met een ander een tweede huwelijk met alle gebruikelijke voorgeschreven plechtigheden - hetwelk in feite dus neerkwam op niet-bewijsbare bigamie - dan gold dit tweede huwelijk rehtens. Op de „in facie Ecclesiae” in de echt gebonden man en vrouw rustte „in foro externo” de plicht tot samenwoning, een „plicht”, die moraliter niet mocht worden nagekomen.

De uit een clandestien huwelijk geboren kinderen konden dikwijls het bewijs van de voltrekking van dat huwelijk niet leveren en derhalve ook niet hun eigen wettigheid aantonen, hetgeen tot erfrechtelijke complicaties aanleiding gaf tot nadeel dier kinderen.²³

Van deze vormloosheid kon men profiteren om een geldig huwelijk te sluiten, terwijl een beletsel - niet een vernietigend, doch slechts een verbiedend - daartegen bestond.

Het tegen de „matrimonia clandestina” in kerkelijke en burgerlijke kringen gerezen verzet kan daarom wel geen verwondering wekken. Zowel voor de staat en de Kerk als voor particulieren is het van belang, dat over het al dan niet bestaan van een huwelijk zekerheid is. Reeds in 1449 vroeg een te Lyon vergaderd nationaal Concilie om het voorschrift, dat het huwelijk op straffe van nietigheid in het openbaar zal moeten worden voltrokken.²⁴ Ook de burgerlijke overheid, welke niet onverschillig kon blijven ten opzichte van de maatschappelijke en juridische wanorde, welke consensuele huwelijken met zich bleken te brengen, bleef niet achter. Lausac de Saint-Gelain, Arnaud du Ferrier, en Faur de Pibrac, de gezanten, die de Franse koning op het Concilie van Trente vertegenwoordigden,²⁵ richtten zich in Juli 1563 tot de Vaders en vroegen om het voorschrift van een essentiële huwelijksvorm, de sluiting „in facie Ecclesiae”.²⁶ Het was een verzoek, dat door de Vaders van het Concilie

²¹ VIOLLET, p. 426 noemt deze vormloze huwelijken „ces actes purement civils”. Ten onrechte o.i., nu het optreden van een of andere burgerlijke magistraat niet nodig was.

²² Er zijn twee soorten clandestiene huwelijken; n.l. die, welke het aan publiciteit ontbreekt, welke consensueel zijn gesloten - over dezulke spreken we hier -, en die, welke zonder voorkennis of toestemming der ouders worden gesloten. Over de laatste spreken we verderop.

²³ A. S. DE BLECOURT, Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht, 6e druk, Groningen, 1950, p. 67.

²⁴ PLANIOL-RIPERT, Tome 2, no. 839, p. 306.

²⁵ J.-B. DUCHESNE, Du Mariage, Examen comparatif des principes qui le régissent suivant le Code civil français, le droit romain, le droit canonique et les législations des états modernes, Paris, 1845, p. 16.

²⁶ THEINER, Tom. II, p. 316.

met graagte werd gesteund, daar ook zij van het euvel der clandestiene huwelijken overtuigd waren.²⁷ Dit blijkt duidelijk, als men in Theiner's Acta (2e deel, 24ste zitting), van de opinie der vergaderden kennis neemt; onophoudelijk wordt getuigd, dat men paal en perk moet stellen aan het misbruik, waarover het hier gaat.

Na uitvoerige deliberaties, waarop we in ander verband nog terugkomen, bepaalde het Concilie:

1°. Voortaan dienen, voordat een huwelijk zal worden gesloten, op drie achtereenvolgende „dies festivaë” door de pastoor der aanstaande echtgenoten, afkondigingen van het voorgenomen huwelijk plaats te hebben.²⁸ Huwelijksbeletselen kunnen op deze wijze gemakkelijker worden achterhaald.

2°. Hoewel buiten twiifel staat, dat consensuele huwelijken op zich wettig zijn - zolang de Kerk niet anders bepaalt door een rechtsvorm voor te schrijven -, zal voortaan een huwelijk, wil het geldig zijn, gesloten moeten worden in tegenwoordigheid van de geestelijke en van twee of drie getuigen.²⁹ De pastoor zal de partijen, nadat zij hebben verklaard elkander wederkerig tot echtgenoot aan te nemen, in het huwelijk „verbinden” door de woorden: „Ego vos in matrimonium conjungo in nomine Patris, et Filii et Spiritus Sancti”.³⁰ Het niet plaats hebben der afkondigingen wordt niet met ongeldigheid van het huwelijk gesanctionneerd,³¹ evenmin het achterwege blijven van het „Ego vos in matrimonium conjungo etc.”. Naar de woorden van het decreet vervult de pastoor geen actieve rol. Slechts zijn tegenwoordigheid bij de huwelijksluiting is vereist.³²

²⁷ THEINER, Tom II, p 239, DIDACUS DE PAYVA „[Ecclesia matrimonia clandestina] irritare debet ob multa scandala, quae ex eis oriuntur”.

²⁸ Decretum de Reformatione matrimonii, caput I „... ut in posterum, antequam matrimonium contrahatur, ter a proprio contrahentium parrocho tribus continuis diebus festivis in ecclesia inter missarum solennia publice denunciatur, inter quos matrimonium sit contrahendum”, DENZINGER, 990, p 325, Canones et decreta Conc Trid, p 173

²⁹ Decretum de Reform. matrim, caput I. „Qui aliter quam praesente parrocho, vel alio sacerdote de ipsius parrochi seu Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos Sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat”, DENZINGER, 992, p 326, Canones et decreta Conc Trid, p 173-174

³⁰ Decretum de Reform. matrim, caput I „ubi parochus, viro et muliere interrogatis, et eorum mutuo consensu intellecto, vel dicat Ego vos in matrimonium conjungo, in nomine Patris, et Filii, et Spiritus Sancti, vel aliis utatur verbis, juxta receptum uniuscujusque provinciae ritum”, DENZINGER, 990, p 325, Canones et decreta Conc Trid, p 173

³¹ De Congregatie van het Concilie besliste in 1587, dat de afkondigingen niet essentieel waren voorgeschreven, vgl COVILLARD, p 29.

³² Vgl. Fr. THOMAS VAN DEN ACKER, Decreti „Ne Temere” de sponsalibus et matrimonio interpretario, Buscoduci, 1909, p 36 Zie ook hierna p 22

Enkele bisschop afgevaardigden hebben tijdens de beraadslagingen van het Concilie het voorstel gedaan de „notarius” de rol van „testis qualificatus” toe te delen, THEINER, Tom II, p 354: VULTURARIENSIS „Testes sufficiant duo, et eis adsit aut sacerdos, aut notarius”, p 359, ILERDENSIS „Dicatur ergo simpliciter, omnia matrimonia fiant coram notario et duobus testibus, et fiat instrumentum” Of hieruit geconcludeerd mag worden, dat deze afgevaardigden een min of meer burgerlijke wijze van huwelijksluiting ten overstaan van een *burgerlijk* functionaris voor ogen stond - in die zin COVILLARD, p 24 - lijkt ons twijfelachtig Naar alle waarschijnlijkheid is met „notarius” de kerkelijke notaris bedoeld, die al zou hij een leek zijn, in een kerkelijke functie bij de huwelijksluiting moest tegenwoordig zijn

Caput I van het „Decretum de reformatione”, de huwelijksluiting „in facie Ecclesiae” als essentiële vorm voorschrijvend, wordt veelal naar het beginwoord van het caput kortweg met „Tametsi” aangeduid

HOOFDSTUK II.

FRANKRIJK EN DE BEPALINGEN VAN HET CONCILIE VAN TRENTE.

§ 1. DE NON-RECEPTIE VAN HET CONCILIE VAN TRENTE.

Frankrijk heeft het decreet „De reformatione matrimonii” niet als burgerrechtelijk van kracht erkend.

„Le Concile de Trente ne put être reçu en France malgré les efforts que firent la cour de Rome et le clergé pour l'y faire recevoir”, zegt Pothier.¹ En evenzo zeggen andere auteurs. „Ainsi il ne faut pas s'étonner, si ayant reconnu le Concile de Trente pour légitime et oecuménique, nous n'avons pas encore accepté ses Décrets de discipline: Quoi qu' à vrai dire, il n'a pas tenu au Clergé de France”.² Wel is de tijdens het Concilie opgestelde geloofsleer ook van Franse zijde erkend, zoals de Advocaat-Generaal van het Parijse Parlement in 1616 zei, doch in die waardering deelden niet de „décrets de réformations”, aangezien noch de Pausen, noch de bisschoppen de publicatie er van hadden kunnen bewerkstelligen.³

Trente's huwelijksdiscipline beantwoordde grotendeels aan Frankrijks desiderata dienaangaande, zodat Frankrijk naar onze mening „De reformatione matrimonii” niet om de inhoud er van weigerde te aanvaarden. De grond dier afwijzing is elders te zoeken.

Zowel door een deel van de Franse clergé als door de Franse staat werd - op historische gronden vooral - ontkend, dat de opperste bestuursmacht van Paus en Algemeen Concilie ook de Franse Kerk omvatte. Voor die Kerk werden een aantal vrijheden en privileges opgeëist, die met „les libertés de l'Eglise gallicaine” werden aangeduid. Bovendien bestond naast deze afzondering der Gallicaanse Kerk ten opzichte van het centrale bestuursgezag van Rome een zeer intieme relatie tussen de min of meer nationale kerk van Frankrijk en de Franse staat. Wat door de Paus of een Algemeen Concilie werd voorgeschreven, werd niet zonder meer als ook in Frankrijk bindend beschouwd. De van hen uitgaande disciplinaire voorschriften moesten de in-

¹ POTHIER, no. 349.

² FLEURY, Institution au droit ecclésiastique, nouvelle éd., Tome 2, Paris, 1722, p. 158, PETRUS DE MARCA, Archiepiscopus Parisiensis, Dissertationum De Concordia sacerdotii et imperii seu liberatibus Ecclesiae Gallicanae libri octo, ed. 3a, Parisius, 1704, Lib. II, Cap. XVII, no. VIII, kol. 209. „Sed decreta quae disciplinam respiciunt non servantur in Gallia, quia lege Principis destruantur”.

³ Vgl. DURAND DE MAILLANF, Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale, 3me éd., Lyon, 1776, Tome V, p. 141.

stemming krijgen van de Gallicaanse Kerk en door de Franse koning ter naleving worden afgekondigd.⁴

De Koning is niet alleen een burgerlijk gezagsdrager, maar hij heeft een „officium” ook met betrekking tot de Franse Kerk: hij is de „Beschermer en Bewaarder van de oude door de Gallicaanse Kerk erkende canones, gewoonten en vrijheden”.⁵ Hem komen rechten toe met betrekking tot de discipline der Gallicaanse Kerk. De kerkelijke wetten binden uit kracht van zijn koninklijke publicatie, waardoor ze als het ware nationale Franse wetten zijn geworden, die èn voor het kerkelijk èn voor het burgerlijk forum gelden. Men noemt hem een „tamquam Episcopus extra Ecclesiam”.⁶

Dit is het politieke aspect van het bijna als schismatiek te kwalificeren Gallicanisme. Het werd vooral verdedigd door de kroonjuristen en staatsgezinde geestelijkheid, die door de staat een ruime bevoegdheid toe te kennen in kerkelijke aangelegenheden, van de Kerk praktisch een onderdeel van de Franse staat wilden maken.⁷ Op Franse bodem kon naar die opvatting de wil van de Paus, Souverein van een deel van Italië en „Prince étranger”⁸, moeilijk worden geduld naast de macht van de Franse Koning.

Daarnaast wordt onderscheiden een dogmatisch, theologisch Gallicanisme, hetwelk het primaatschap van de Paus aantastend, in geloofszaken het Algemeen Concilie boven hem erkent.⁹ Dit is de bekende dwaling, op het Concilie van Bazel en dat van Constanz verkondigd.

Maakte het Gallicanisme de Franse Kerk enerzijds losser van Rome, anderzijds schiep het een nauwe betrekking tussen Kerk en staat, waarbij dan praktisch het overwicht bij de laatste kwam te liggen.

Toch moet niet worden gemeend, dat alle aanhangers van dit stelsel over de vrijheden en privileges van de Gallicaanse Kerk en de kerkelijke functies van de vorst, zijn voorrechten in kerkelijke zaken, dezelfde opvattingen hebben gehad. De een kent de vorst in deze ruimer bevoegdheid toe dan de ander. Wel houden zij allen voor zeker en onbetwistbaar, dat, willen de rechtsvoorschriften, afkomstig van Paus en Algemeen Concilie in Frankrijk - „in foro ecclesiastico” èn „civili” - gelden, ze door de Franse Kerk moeten zijn overgenomen en door de Koning afgekondigd.

Bovendien is het vaste Gallicaanse leer en praktijk, dat de staat een controleerende taak heeft ten opzichte van de verrichtingen van kerkelijke zijde, zich

⁴ DE MARCA, Lib II, Cap XVII, kol. 204 en no. V, kol. 207 „Non solum Ecclesiae Gallicanae, sed etiam Regis consensus necessarius est ad executionem publicam novorum canonum”.

⁵ Zo noemt zich Koning Frans I in een edict van 1543, vgl Ch FEVRET, *Traité de l'abus et du vrai sujet des appellations qualifiées du nom d'abus*, nouvelle éd., Tome 1, Lyon, 1736, Livre I, Ch V, p 46, de koning zegt in de aanvang van dit besluit „qu'il est en son royaume comme Roi Très-Christien, protecteur, garde, conservateur, & exécuter des saints Décrets qu'à lui comme Roi appartient la défense des biens, franchises et libertez, état pacifique, honnêteté, bon ordre, discipline & intégrité de l'Eglise Gallicane”.

⁶ FEVRET, Tome 1, Livre I, Ch. V, p. 41.

⁷ DE JONG, deel III, p 279, vgl E GOLLER's artikel over het Gallicanisme in: *Lexikon fur Theologie und Kirche*, 2 Auflage, 4. Band, kol 271-275, GOLLER noemt de belangrijkste punten van PITHOU's Codex van Gallicaanse vrijheden.

⁸ FLEURY, Tome 2, p. 156.

⁹ DE JONG, deel III, p. 279, zie ook deel II, p. 398-399.

uitend in de „recursus ab abusu”, het befaamde „l'appel comme d'abus”. Hierdoor wordt aan de parlementen handelend in naam van de Koning, „Protecteur des canons et des libertés de l'Église Gallicaine” een verregaande invloed toegekend in kerkelijke zaken. „Abus” is de rechtsterm, toegepast op alle gevallen, waar van de kant der kerkelijke overheid „vexation” en overtreding van de in Frankrijk erkende canones, overtreding der koninklijke ordonnantien, „arrêts de réglemens”, inbreuk op de rechtspraak van de koninklijke gerechten en de vrijheden der Gallicaanse Kerk aanwezig worden geacht. „Abus” is er eveneens als de geestelijke macht inbreuk maakt op de wereldlijke of deze laatste op het terrein der geestelijke komt. Doet een dergelijk geval zich voor, dan kan men een beroep doen op de koning en de parlementen. Zulks geschiedt bij de parlementen door middel van „l'appel comme d'abus”.¹⁰ Aldus vinden de voorschriften der koninklijke edicten een effectieve bescherming en superieure behandeling in verhouding tot de beslissingen van kerkelijke gezagsdragers.

De dogmatische canones van het Concilie van Trente werden overeenkomstig de leer van de Gallicanisten algemeen erkend en aanvaard, niet minder door de Franse Koning Hendrik III: „qu'il ne falloit point de publication du concile pour ce qui étoit de foi, qui c'étoit chose gardée dans son royaume”.¹¹ Gemeend werd echter, dat meerdere bepalingen van het Concilie, voorzover die de discipline¹² betroffen, in strijd waren met de „libertés” der Franse Kerk en koninklijke privileges. Rassicot heeft een lijst opgemaakt van de bezwaren, die tegen de Trentse bepalingen door de verschillende Gallicaanse auteurs zijn naar voren gebracht. Le Maître heeft er negentien, waaronder één, dat betrekking heeft op het decreet „De reformatione matrimonii”. Een destijds bekend jurist Antoine Hotman heeft kans gezien er aan die negentien nog dertien toe te voegen,¹³ waaruit wel moge blijken, dat men het over de omvang van de Gallicaanse rechten van Franse Kerk en vorst lang niet eens was. In die strijdigheid met de oude Gallicaanse rechten en vrijheden is de reden te zoeken, dat Frankrijk geweigerd heeft de canonieke regels van Trente als „in foro civili” geldend recht te erkennen.¹⁴ Het verzet tegen integrale receptie

¹⁰ FLEURY, Tome 2, p. 148 vlg., DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome 1, p. 58 en p. 63, FEVRET, Tome 1, Livre I, Ch. 1, nos 2 vlg., p. 2 vlg., DE MARCA, Lib. IV, Cap. XIX, kol. 465 vlg. Een koninklijke ordonnantie van 1539 gaf regels daaromtrent, vgl. DE MARCA, 1c en GOLLER, kol. 273.

¹¹ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome V, p. 441, POTHIER, no. 349, FLEURY, Tome 2, p. 158, DE MARCA, Lib. II, Cap. XVII, kol. 209, verklaart, dat de geloofsdecreten van het Concilie van Trente door een koninklijk edict van 1579 zijn geaccepteerd „Concilii Tridentini definitiones fidei admissae sunt edicto publico, quod ea de re latum est anno 1579”, daarbij, zo lijkt het, doelend op de Ordonnance de Blois van 1579. Deze betreft echter in genen dele geloofszaken, zie de ordonnance bij M. WALKER, Collection complete, par ordre chronologique des lois, édits, traités de paix, ordonnances, déclarations et réglemens d'intérêt général antérieurs à 1789, Paris, 1835, p. 105 vlg.

¹² Te onderscheiden zijn dogmatische canones en disciplinaire canones. De eerste geven aan, wat de waarheid is, betreffen de leer. De disciplinaire canones betreffen de kerkelijke tucht.

¹³ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome V, p. 443 vlg., RASSICOT, Notes sur le concile de Trente, Cologne, 1706.

¹⁴ DE MARCA, Lib. II, Cap. XVII, kol. 209, POTHIER, no. 349: „mais l'atteinte qu'il (Conc. v. Trente) donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes . . . fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume”

der regels ging vooral uit van de Franse parlementen. onder de drang der Franse geestelijkheid, die de Trentse besluiten wél aanvaardde, heeft Koning Karel IX in zijn „Lettres patentes” van 22 Januari 1574 praktisch de naleving der kerkelijke voorschriften bevolen. Doch de voor de gelding vereiste registratie door de parlementen bleef uit.¹⁵

§ 2. HUWELIJSREGELING EN HUWELIJSRECHTSPRAAK IN HET „ANCIEN REGIME”.

I. WETGEVING

Nu de Franse overheid het Trentse decreet „Tametsi”, volgens hetwelk het huwelijk op straffe van nietigheid ten overstaan van de pastoor moest worden aangegaan, weigerde te aanvaarden, lag het alleszins voor de hand dat naar de opvattingen van de staat de huwelijken nog op de oude manier, consensueel, „per verba de praesenti”, rechtsgeldig konden worden voltrokken. In die zin werd ook beslist door een arrest van het parlement van Parijs van 1576, gewezen overeenkomstig de conclusies van de Advocaat-Generaal Brisson. De officiaal van Soissons had, daar de Franse geestelijkheid de besluiten van Trente over de „matrimonia clandestina” had aangenomen en afgekondigd, een buiten aanwezigheid van de pastoor, doch in tegenwoordigheid van een notaris gesloten huwelijk ongeldig verklaard. Door „appel comme d’abus” werd de kwestie aan het Parijse parlement voorgelegd, hetwelk de sententie van de officiaal vernietigde. Wel werd partijen bevolen alsnog de van oudsher voorgeschreven kerkelijke plechtigheden te doen vervullen en moesten zij zich tot de Bisschop wenden tot het ondergaan der penitentie.¹⁶ De geestelijkheid hield evenwel niet op de koning te verzoeken ook „in foro civili” een einde te maken aan de „matrimonia clandestina”. Dit verzoek werd gesteund door de in 1576 te Blois vergaderde États Généraux. De Koning gaf gevolg aan de op hem uitgeoefende aandrang en mede ter uitvoering van een reeds eerder door hem gedane mededeling, dat hij de disciplinaire voorschriften van het Concilie van Trente zou doen uitvoeren door zijn ordonnances,¹⁷ heeft hij in Mei 1579 de beroemde Ordonnance de Blois uitgevaardigd.¹⁸ In meerdere daarna gevolgde regelingen zijn de huwelijksbepalingen, neergelegd in de Ordonnance de Blois, nader geïnterpreteerd, aangevuld en gepreciseerd.¹⁹

¹⁵ FRIEDBERG, p. 503-504

¹⁶ BEAUCHET, p. 392 en p. 633

¹⁷ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome V, p. 441 „(qu’il) feroit exécuter par ses ordonnances ce qui étoit porté par le concile

¹⁸ Ordonnance de Blois in WALKER, Tome 1, p. 105 vlg. „Ordonnance concernant la police generale du royaume, rendue sur les plaintes et doléances des états-generaux assemblees a Blois, en novembre 1576

¹⁹ Zie Edict van Melun van Februari 1580 (WALKER, Tome I, p. 125 vlg.), vooral artikel 25, Edict van Parijs van December 1606 (WALKER, Tome 1, p. 151 vlg.), artikel 12, Code Michaud van Januari 1629, (ISAMBERT, Tome XVI, p. 225 vlg.), artikel 39, Declaratie van Saint Germain en Laye van November 1639 (ISAMBERT, Tome XVI, p. 520 vlg.), artikel 1, Edict van Versailles van Maart 1697 (ISAMBERT, Tome XX, p. 287 vlg.)

1. Karakter van de Ordonnance de Blois.

Mag nu de Ordonnance de Blois gezien worden als een receptie van het Trentse recht?

Daniel stelt het voor, dat Frankrijk ondanks alle bezwaren tegen bepaalde onderdelen van de Trentse discipline zonder betwisting de huwelijksregeling van de Kerk heeft aanvaard en dat de koningen zich beijverd hebben aan de canonieke bepalingen kracht van wet toe te kennen.²⁰ Deze voorstelling van zaken komt er eigenlijk op neer, dat Frankrijk integraal het Trentse decreet zou hebben geaccepteerd. Tegen dit standpunt bestaan o.i. overwegende bezwaren.

Al moge de regeling van de koning in beginsel gelijk zijn aan die van „Tametsi”, toch heeft de koning in zijn wetgeving de canonieke bepalingen niet identiek overgenomen. In tegenstelling tot „Tametsi” schrijft de Ordonnance de Blois de aanwezigheid van vier getuigen voor. Kan naar canoniek recht van alle drie de huwelijksafkondigingen worden gedispenseerd, het koninklijk recht eist minstens één afkondiging. Dit lijkt niet op een integrale aanvaarding van het kerkelijk recht. De Franse bisschoppen hebben dan ook niet nagelaten hun bezwaren tegen de Ordonnance de Blois bij de koning naar voren te brengen.²¹

Basdevant, die eveneens het denkbild ener receptie verwerpt, is van oordeel, dat de koning door zijn Ordonnance de Blois zelf, in zekere zin als orgaan van de Gallicaanse Kerk, de kerkelijke discipline heeft willen regelen.²² Ongetwijfeld zou een dergelijke oplossing van de vraag veel aantrekkelijks hebben. De moeilijkheid van het ontbreken der identiteit zou zijn opgelost. De koninklijke edicten, die, naar we nog zullen zien, de Protestanten van de Ordonnance de Blois dispensereren, zouden dan kunnen worden beschouwd als een door de koning als kerkelijk orgaan uitgevaardigde kerkelijke wet, die een wet met datzelfde kerkelijk karakter voor sommigen buiten toepassing laat. Maar hoe is hiermee in overeenstemming te brengen, dat de koning aan het Concilie van Trente vraagt paal en perk te stellen aan de clandestiene huwelijken, als hij het zelf wel kan? Waarom verklaart hij dan de huwelijken van minderjarigen, die zonder toestemming der ouders gesloten zijn, niet nietig? Hij had het Concilie gevraagd zulks te doen, maar zijn verzoek was niet ingewilligd.²³ Waarom zal de koning dan voor het gezag van zijn Ordonnance de Blois een beroep doen op de besluiten der concilies, welke hij bedoelt uit te voeren?²⁴ Het is bovendien hoogst twijfelachtig, of naar algemeen aan-

²⁰ P. CH. DANIEL S.J., *Le mariage chrétien et le Code Napoléon*, Paris-Bruxelles-Rome-Londres, 1870, p. 107.

²¹ Vgl. FRIEDBERG, p. 505; de aartsbisschop van Vienne deed zulks in 1586. Zie ook *Collection des procès-verbaux des assemblées générales du Clergé de France depuis l'année 1560, jusqu'à présent*; ouvrage composé sous la direction de M. l'évêque de Mâcon, autorisé par les assemblées de 1762 et de 1765 et imprimé par ordre du Clergé, Paris, 1767-1780, Vol. I, p. 322.

²² BASDEVANT, p. 67.

²³ Zie hierna, p. 26 vlg.

²⁴ Zie DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Tome V, p. 441; vgl. ook préambule van het Edict van Versailles van Maart 1697, ISAMBERT, Tome XX, p. 287-288.

vaarde Gallicaanse „leer” de koning een dergelijke wetgevende bevoegdheid in kerkelijke zaken had. De onvervalste Gallicanist De Marca eist wel de koninklijke bewilliging voor de gelding der kerkelijke wetten, doch kerkelijke wetten uitvaardigen mag de vorst z.i. niet.²⁵ En Pasquier, die de kerkelijke wetgeving verre van ideaal vindt, beveelt de koning wel aan een ordonnantie vast te stellen, die nietig verklaart de zonder ouderlijke toestemming gesloten huwelijken, maar dat moet hij dan doen met toestemming van de Gallicaanse Kerk.²⁶ Die toestemming kan voor de Ordonnance de Blois toch wel niet worden verondersteld, nu die Kerk bij monde der bisschoppen tegen diezelfde ordonnantie protesteerde. Waarom zouden tenslotte de Gallicanisten voor de rechtvaardiging der koninklijke wetgeving een beroep doen op het door hen in het huwelijk aangetroffen reële onderscheid tussen sacrament en contract, als de Gallicaans-kerkelijke doctrine de koning die bevoegdheid tot regeling van het huwelijk reeds geeft. Pothier beschouwt dergelijke ordonnanties als door het burgerlijk gezag getroffen regelingen, welke niet de bedoeling hebben Trente te recipiëren of de kerkelijke discipline te regelen.²⁷ Wij zouden in die koninklijke wetgeving eerder een product willen zien van een burgerlijk gezagsdrager als zodanig, die aarzelend de huwelijksband in zijn wetten betreft: hij acht zich eigenlijk niet competent en schikt zich daarom, voor wat de sanctie op zijn voorschriften aangaat, naar de bepalingen van het canoniek recht in deze. Hij aanvaardt de kerkelijke discipline niet integraal en formeel. Doch hij bewandelt een omweg, reproduceert het beginsel van het kerkrecht in zijn ordonnantie. Hij durft reeds wel van het canoniek recht afwijkende regels voor te schrijven, maar niet op straffe van nietigheid. Zo in artikel 40 van de Ordonnance de Blois, waar gezegd wordt, dat de onderdanen geen geldig huwelijk kunnen sluiten zonder voorafgaande huwelijksafkondigingen. Maar er wordt, daar het canoniek recht die afkondigingen niet op straffe van nietigheid voorschrijft, onmiddellijk aan toegevoegd „le tout sur les peines portées par les conciles”.²⁸ Terwijl de theorie, dat de staat ook „quoad foedus” bevoegd is, nog niet is geboren, althans in Frankrijk nog niet van haar bestaan heeft doen blijken, maakt de koning reeds een regeling óók met betrekking tot de band, zij het, dat hij zulks nog niet geheel zelfstandig doet; het kerkrecht, de steun der Kerk, kan hij nog niet missen. Als de Kerk niet was begonnen, had hij het ongetwijfeld niet of nog niet gedurfd. Nu kon hij het veilig doen, daar hij zich in beginsel aansloot bij wat de Kerk had bepaald; als het voor de staat geldige huwelijk gold nog steeds het huwelijkssacrament. Liever had hij wellicht het kerkrecht als „in foro civili” bindend aanvaard. Nu daartegen bezwaren bestonden, maakte hij zelf een regeling. Het is overigens niet waarschijnlijk, dat de koning zich bewust bepaalde bevoegdheden ten aanzien van de huwelijkswetgeving heeft toegeëigend. Van de ene kant was er een zekere

²⁵ Vgl. DE MARCA, Lib. II, Cap. X, kol. 139.

²⁶ ESTIENNE PASQUIER, Oeuvres, Tome 2, Amsterdam, 1723, Livre III, Lettre I, kol. 49.

²⁷ Vgl. zijn Traité, nos 77 en 349.

²⁸ WALKER, Tome 1, p. 117.

aandrang om een regeling te maken, anderzijds wilde hij niet in strijd met de Kerk komen. De verfiijningen in deze materie, waaronder het aangeven van een rechtsgrond van de koninklijke wetgeving, stammen praktisch uit later tijd.

Het is niet opgehelderd, waarom de koning van het Trentse recht in enkele détails afweek. Kan het niet zijn, dat bedoeld werd in ieder geval de schijn van erkenning der Trentse discipline te vermijden? Soms heeft het gebrek aan gelijkheid van koninklijk en Trents recht iets weg van een zekere slordigheid. In artikel 40 van de Ordonnance de Blois treffen we niet aan de eis van aanwezigheid van de „eigen” pastoor. Toch is diens tegenwoordigheid zeker bedoeld en is de bepaling ook in die zin begrepen.²⁹

2. *De koninklijke wetgeving en het kerkelijk recht.*

Een tweede belangrijke vraag betreffende de Franse huwelijkswetgeving is deze: hebben de Ordonnance de Blois en de daarop gevolgde burgerlijke regelingen consequenties gehad ten aanzien van de verhouding tussen Kerk en staat? Anders gezegd: hebben de verschillen tussen de bepalingen van Trente (overgenomen door de Franse Concilies) en die der koninklijke decreten tot moeilijkheden en belangrijke geschillen tussen Kerk en staat aanleiding gegeven? Is in de praktijk van de toepassing der regels een verwijdering te constateren, al moge ten gevolge van het instituut van „l'appel comme d'abus” de eenheid formeel nog zijn bewaard?

Bepalen wij ons eerst tot de vormvereisten.

Artikel 40 van de Ordonnance de Blois van 1579 wekt de schijn, als worden de huwelijksafkondigingen op straffe van nietigheid voorgeschreven,³⁰ terwijl het kerkrecht zover niet ging.³¹

Deze controverse verliest evenwel praktisch alle waarde, als men leest, dat alles werd voorgeschreven onder de door de concilies te dien aanzien getroffen sancties.³²

De Franse Parlementen hebben aanvankelijk evenwel steeds de nietigheid van het huwelijk uitgesproken, als het niet was gesloten na voorafgaande afkondigingen. In de loop der zeventiende eeuw - waarschijnlijk te beginnen met 1638 - wijzigt zich die jurisprudentie. Voor huwelijken van meerderjarigen wordt de voorafgaande afkondiging niet meer als een essentieel vereiste beschouwd; wat betreft de huwelijken van minderjarigen blijft meestentijds de oude jurisprudentie gehandhaafd.³³

²⁹ Naar Trents recht moest de eigen pastoor assisteren; vgl. DE SMET, no. 104, p. 85, noot 6 en AUGUST KNECHT, Handbuch des katholischen Eherechts, Freiburg im Breisgau. 1928, p. 616 (aldaar aangehaald: URBANUS VIII, Const. „Exponi” van 14 Augustus 1627 en BENEDICTUS XIV, Const. „Paucis” van 19 Maart 1758).

³⁰ WALKER, Tome 1, p. 117: „Nos sujets... ne pourront valablement contracter mariage, sans proclamations précédentes de bans...”.

³¹ Zie hiervóór p. 14, noot 31.

³² WALKER, Tome 1, p. 117: „le tout sur les peines portées par les conciles”.

³³ Vgl. POTHIER, no. 69; het ontbreken der afkondigingen leverde volgens sommige parlementen een praesumptie van clandestiniteit op, vgl. EDOUARD LABOULAYE, Mémoire à consulter et consultation pour les héritiers Pescatore, Paris, 1856, p. 23.

De koning schreef voor, ³⁴ dat de pastoor „recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage”. Dit lijkt op het „Ego vos conjungo” van het Trentse decreet. De vraag is, of in de declaratie van de Franse vorst aan de pastoor een actieve rol bij de huwelijkssluiting is opgedragen; dit dan in tegenstelling tot Trente, dat slechts passieve tegenwoordigheid van de pastoor en ook niet de huwelijkszegen op straffe van ongeldigheid der echtverbintenis eiste.³⁵ Vormt de „bénédiction nuptiale” een essentieel element? Thans weer diezelfde formele aansluiting bij de canonieke regels: de huwelijkssluiting moet plaats hebben „suivant la forme pratiquée en Eglise”, hetgeen er op schijnt te wijzen, dat de „tegenwoordigheid” van de priester voldoende is. Dan kunnen partijen de pastoor - desnoods bij verrassing - tot „testis qualificatus” doen zijn van hun wederkerig uitgesproken ja-woord. Degenen, die vrezen, dat wegens het aanwezig zijn van een of ander prohibitief beletsel, bijvoorbeeld een der partijen is Protestant, op de vrijwillige medewerking van de pastoor niet is te rekenen, zullen dan toch een geldig huwelijk kunnen sluiten.

GILBERT GAULMIN leverde rond 1640 de „cause célèbre”. Hij wilde op de gewone wijze, „in facie Ecclesiae”, in het huwelijk treden, doch de pastoor had hem te kennen gegeven zijn medewerking daartoe niet te kunnen of willen verlenen. Gaulmin was echter een listig man. Vergezeld van zijn verloofde, twee notarissen en een aantal getuigen, begaf hij zich ter kerke, waar Gaulmin en zijn bruid, toen de pastoor in de kerk verscheen, verklaarden elkander te nemen tot man en vrouw. De notarissen maakten tot bewijs een akte op van hetgeen zij hadden waargenomen.³⁶ Gaulmin had navolgers en het schijnt, dat „les mariages à la Gaulmine” zeer in de mode kwamen. De vraag is echter: waren zij geldig? Het Concilie van Trente schreef slechts voor „praesente parcho”; daaraan was dus voldaan.³⁷ Toch had de geestelijkheid om begrijpelijke redenen geen goed woord over voor deze vorm van huwelijkssluiting. Herhaaldelijk hebben de bisschoppen zich tot de koning gewend met het verzoek het misbruik van de „mariages à la Gaulmine” te keren. De clergé vraagt niet, dat de koning ze nietig zal verklaren, doch zij verzoekt om steun in de vorm van straffen. In 1680 wendde zij zich tot de

³⁴ Ordonnance van Saint Germain-en-Laye van 26 November 1639, ISAMBERT, Tome XVI, p. 521 (artikel 1).

³⁵ Zie hiervoor p. 14, noot 29.

³⁶ In het kort de geschiedenis bij LEON DESFORGES, Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français, Paris, 1887, p. 150 vlg. Men zie ook A. DE RULHIÈRES, Eclaircissements historiques sur les causes de la révocation de l'Edit de Nantes, Paris, 1788, 2me partie, p. 174 ALLEGRE, Le Code civil commenté à l'usage du clergé, 8me éd., Tome 1, Paris, 1902, p. 71, noot 2, en VIOLETT, p. 427, stellen het voor, als zou dit huwelijk voor een notaris zijn gesloten. Ten onrechte o i, het huwelijk werd aangegaan in de Trentse vorm: „praesente parcho”.

³⁷ In tegenstelling tot wat het canoniek recht heden bepaalt, dat de pastoors n.l. het ja-woord van partijen moeten „requirere” en „excipere” (canon 1095, § 1, 3^o C.I.C.) - „Ne Temere” (1907) van Paus PIUS X bepaalde bovendien, dat de pastoors tot de assistentie moesten zijn „invitati ac rogati” (IV, § 3) - was volgens het Concilie van Trente de passieve tegenwoordigheid van de pastoor bij het huwelijk voldoende. Noch het afvragen van het ja-woord, noch het ontvangen daarvan waren voor de geldigheid van het huwelijk vereist. Ook de huwelijkszegen was niet, gelijk ook thans niet, essentieel. Vgl. hierover KNECHT, p. 627-628.

koning: „il est absolument nécessaire de remédier à ces abus, d'autant qu'ils augmentent tous les jours dans les provinces, parce qu'il n'y a nulle punition contre les coupables”.³⁸ En zij vraagt straffen tegen degenen, die op die wijze een huwelijk voltrekken, terwijl naar haar oordeel partijen moeten worden „privées de toutes successions”.³⁹ Aan de geldigheid der huwelijken werd door de Franse clergé niet getwijfeld. De aard van de aan de koning voorgestelde maatregelen, - o.a. met betrekking tot de vrouw beroving van haar „douaire” - wijst daarop.⁴⁰

Aanvankelijk beperkten de parlementen zich tot het uitvaardigen van „arrêts de réglemens”, waarbij de notarissen op straffe van schorsing uit hun ambt werd verboden authentieke akten van dergelijke huwelijken op te maken.⁴¹ Denys Talon, de bekende Advocaat-Generaal van het Parijse parlement, sprak in 1673 als zijn oordeel uit, dat de huwelijkszegen voor de wettigheid van het huwelijk niet was vereist.⁴² In 1692 echter wordt bij arrest van het parlement van Parijs het actieve optreden van de eigen pastoor bij de huwelijksvoltrekking nodig geacht.⁴³

De parlementen vorderden sedert het einde van de zeventiende eeuw⁴⁴ in het algemeen,⁴⁵ dat voor de geldigheid van het huwelijk de pastoor het huwelijk moest „célébrer”, de „bénédictio nuptiale” moest geven.⁴⁶ Anders dacht daarover een groot gedeelte van de geestelijkheid. Degenen die de Franse koning in 1680 om maatregelen tegen de „huwelijks-sluiting bij verrassing” vroegen, twijfelden aan de geldigheid van een dergelijke wijze van sluiting blijkbaar niet, gelijk ook niet de theologische faculteit van de Sorbonne, die een advies moest uitbrengen met betrekking tot een „mariage à la Gaulmine”.⁴⁷ Andere geestelijken weer sloten zich aan bij de mening van Canus, die de „benedictio nuptialis” als de „forma sacramenti” beschouwde. Volgens Pothier is voor de geldigheid nodig, enerzijds, dat de pastoor de toestemming van partijen in ontvangst neemt, anderzijds, dat hij daarna de huwelijkszegen geeft. Toch wil hij niet als een volgeling van Canus beschouwd worden. Men

³⁸ DESFORGES, p. 153, zie ook BEAUCHET, p. 643

³⁹ DESFORGES, p. 153.

⁴⁰ DESFORGES, p. 153-154

⁴¹ Nl die van 1650 en 1688, zie POTHIER, no. 351.

⁴² BEAUCHET, pp. 642.

⁴³ In dezelfde zin een arrest van 12 Augustus 1698, GUY ROUSSEAUD DE LACOMBE, Recueil de jurisprudence, mariage, p. 451, aangehaald door BASDEVANT, p. 75. Wel worden een koninklijk edict van Maart 1697 en een declaratie van Juni 1697 (ISAMBERT, Tome XX, p. 287 en 292) genoemd als tegen de „mariages à la Gaulmine” gericht. Doch blijkens de tekst eisen zij niet meer dan de Ordonnance de Blois, al wordt wel uitdrukkelijk voor de geldigheid van het huwelijk de aanwezigheid van de eigen pastoor geeist, een eis, die niet met zoveel woorden door de Ordonnance de Blois was gesteld.

⁴⁴ POTHIER, no. 350, vermeldt een arrest van 1676, volgens hetwelk de „célébration” van het huwelijk door de pastoor zou zijn vereist.

⁴⁵ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome I, p. 500, haalt een arrest aan van het parlement van Parijs van 3 Januari 1712 dat een „mariage à la Gaulmine” geldig oordeelde.

⁴⁶ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome I, p. 499-500. Hij zegt, dat de parlementen - blijkbaar in het algemeen - de mening van CANUS volgen, volgens welke voor de sacramentaliteit van het huwelijk de „benedictio nuptialis” van de priester vereist is (vgl. hierna Hoofdstuk IV, p. 46), zie ook p. 504, E. GLASSON, Le mariage religieux et le mariage civil, leurs rapports dans les principales législations de l'Europe, in Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère. Année 1875, Paris, 1875, p. 326-327, POTHIER, no. 350.

⁴⁷ DURAND DE MAILLANE, Tome I, p. 499.

moet, naar hij zegt, goed onderscheiden: partijen zijn inderdaad de bedienaars van het sacrament „quant à ce qui est de sa substance”, maar de pastoor is „le ministre des solemnités que l'église et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage, pour sa validité”.⁴⁸

Ten aanzien van de vorm der huwelijksvoltrekking stemden dus in beginsel de opvattingen van Kerk en staat overeen. Wel weken de parlementen van het kerkrecht af door de huwelijkszegen als een essentielle der huwelijksluiting te gaan eisen, doch Frankrijk heeft slechts het in de kerkelijke vorm gesloten, sacramentele huwelijk als het „in foro civili” geldige huwelijk erkend. Aan een burgerlijke huwelijkscelebratie, waaraan wij gewend zijn, heeft de Franse staat niet gedacht. De belangrijkste divergenties tussen Kerk en staat zijn dan ook hier niet te zoeken.

De controverse tussen Kerk en staat naar aanleiding van de Ordonnance de Blois en de daarop gevolgde burgerlijke regelingen van het huwelijk lag voornamelijk op het terrein der materiële vereisten. De tegenstelling bestond in hoofdzaak hierin, dat het canoniek recht de geldigheid van de huwelijken van minderjarigen niet wilde doen afhangen van de toestemming der ouders, terwijl de staat die ouderlijke bewilliging wel essentieel achtte.

Doordat de staat zich daarenboven het grootste gedeelte der rechtspraak in huwelijkszaken toeëigende, heeft Frankrijk de Middeleeuwse huwelijksconceptie feitelijk prijsgegeven, al werd formeel aan die oude huwelijksopvatting niet tekort gedaan. De Franse wetgever stelde geen andere ongeldigmakende beletselen vast dan naar canoniek recht bestonden, doch door middel van de rechtspraak kwam men daar langs een omweg de facto wèl toe. De methode van de Franse koning om trouwlustigen te treffen, die een de staat onwelgevallig huwelijk wilden aangaan of reeds hadden gesloten, bestond niet hierin, dat hij dit huwelijk, daarbij afwijkend van het canoniek recht, zonder meer met nietigheid bedreigde. Zover is de koning in zijn streven naar macht over het huwelijk nimmer gegaan. Doch hij poogde de voltrekking van ongewenste huwelijken te voorkomen door hetzij aan de uit dergelijke huwelijken gesproten kinderen, hetzij bovendien aan de echtgenoten zelf alle rechten op de nalatenschap van hun ouders en andere verwanten te ontnemen. Soms ook trachtte hij zijn doel te bereiken door de huwelijksluiting en de daarbij, o.a. door de geestelijke, verleende assistentie als en misdrijf te kwalificeren.

De Déclaration van 26 November 1639 ontnemt in artikel 6 de burgerlijke gevolgen aan het huwelijk, dat gesloten is door iemand, die, daar hij ter dood is veroordeeld, jure civili niet meer bestaat. Het canonieke recht kent de burgerlijke dood niet en deze vormt derhalve vanzelf geen beletsel voor het rechtsgeldig tot stand komen van een huwelijk. Ook Frankrijk bleef de door een dergelijke verbintenis ontstane huwelijksband erkennen, zodat degene,

⁴⁸ POTHIER, no. 353.

die er door was gebonden, wegens aanwezigheid van het „impedimentum ligaminis” niet opnieuw kon trouwen zonder zich aan bigamie schuldig te maken. De Franse wetgeving verklaart echter de uit deze echt geboren kinderen „incapables de toutes successions”. Daar uit het systeem van de burgerlijke dood gemis van burgerlijke gevolgen wel consequent moet volgen, kan een dergelijke bepaling niet verrassen.⁴⁹

Dezelfde „privation” van de in maatschappelijk opzicht zo belangrijke huwelijks effecten wordt uitgesproken tegen het geheim gehouden huwelijk en de echtverbintenis, in extremis na een concubinaat meestal ten gunste der kinderen gesloten.

Het geheim gehouden huwelijk in deze zin, „le mariage secret” of „caché”, is wel in de kerkelijke vorm, „in facie Ecclesiae”, aangegaan, doch na de voltrekking treden de gehuwden naar buiten niet als echtgenoten op. Zo kan een heer zijn huishoudster huwen, een dienstknecht zijn meesteres, terwijl na het huwelijk de vóórhuwelijksdomestieke positie wordt bewaard. Voor de Kerk zijn zulke huwelijken uiteraard geldig. Ook naar het „ancien droit” worden zij als zodanig beschouwd. Doch in de ordonnantie van 1639 wordt betwijfeld, of zulke huwelijken - al blijft de geldigheid buiten kijf⁵⁰ - niet strijden met het respect, verschuldigd aan het huwelijks sacrament. Het lijkt meer op een concubinaat dan dat het de ere naam van huwelijk waardig is. Mitsdien worden de kinderen, die er uit zijn geboren, uitgesloten van erfopvolging.⁵¹

Erfrechtelijke aanspraken bestaan ook niet voor kinderen, gesproten uit een concubinaat, hetwelk in extremis, veelal op aansporen van de priester, die de stervende bijstaat, in een huwelijk is omgezet.⁵² Wel echter bestaat de huwelijksband en hebben de kinderen de status van wettigheid.

In deze drie gevallen valt ontegenzeggelijk een zekere verwijdering tussen Kerk en staat te constateren. Op de vraag, in hoeverre de staat zich door deze wetgeving mengde in een zaak, die als kerkrechtelijk van aard geldt, kan hier niet in details worden ingegaan. Wel willen wij opmerken, dat het recht van de kinderen t.a.v. de nalatenschap van hun ouders o.i. niet zonder meer tot de zuiver burgerlijke gevolgen kan worden gerekend. Krachtens natuurrecht is, behoudens bijzondere gevallen, dit recht der kinderen op zich met het huwelijk onafscheidelijk verbonden. De staat kan dit recht niet willekeurig

⁴⁹ ISAMBERT, Tome XVI, p. 524: „Nous voulons que la même peine [de la privation de toutes successions] . . . ait lieu . . . contre les enfans procréés par ceux qui se marient après avoir été condamnés à mort”; POTHIER, no. 433; „Indépendamment de cette disposition, il est impossible, *per rerum naturam*, qu'une telle personne puisse contracter un mariage qui ait les effets civils”.

⁵⁰ POTHIER, no. 426.

⁵¹ ISAMBERT, Tome XVI, p. 523-524: „Désirant pourvoir à l'abus qui commence à s'introduire dans notre royaume par ceux qui tiennent leurs mariages secrets et cachés pendant leur vie, contre le respect qui est dû à un si grand sacrement . . . nous déclarons les enfans qui naîtront de ces mariages, que les parties ont tenus jusqu'ici ou tiendront à l'avenir cachés pendant leur vie, qui ressentent plutôt la honte d'un concubinage, que la dignité d'un mariage, incapables de toutes successions, aussi bien que leur postérité.

⁵² ISAMBERT, Tome XVI, p. 524: „Nous voulons que la même peine ait lieu contre les enfans qui sont nés des femmes que les pères ont entretenues, et qu'ils épousent lorsqu'ils sont à l'extrémité de la vie”.

en geheel ontnemen, al komt hem de bevoegdheid toe daaromtrent een nadere regeling te treffen.⁵³

Wij vermelden deze wetgeving evenwel vooral om de volgende redenen. Eerstens blijkt er uit, dat, hoezeer van Franse zijde de „mariages secrets” en huwelijken in extremis na concubinaat aangegaan ook werden verafschuwd, de Franse wetgever niet tot nietigverklaring is overgegaan. Deze werd ook door de civiele auteurs niet bepleit, noch heeft de rechtspraak die huwelijken als ongeldig beschouwd. We zien nochtans, dat van een volkomen eenstemmigheid tussen Kerk en staat inzake het huwelijk niet meer kan worden gesproken. Ongeacht de inhoud der kerkelijke wet, treedt de staat eigenmachtig verbiedend op.

Op de tweede plaats is die Franse wetgeving vermeldenswaard om de overwegingen, waarop zij is gegrond.

De angst voor „mésalliances” zit de wetgeving en rechtspraak van het „ancien régime” in het burgerlijke bloed. De tegen de geheim gehouden huwelijken en de na concubinaat aangegane echtverenigingen genomen maatregelen zijn kennelijk uiting van de bezorgdheid van de Franse wetgever de families zuiver te houden van een soort maatschappelijke wanordelijkheid, welke een huwelijk tussen twee personen van verschillende sociale conditie tot gevolg moest hebben.

Met betrekking hiertoe tekent zich de tegenstelling tussen kerkelijke en burgerlijke opvattingen het scherpst af, niet zozeer ten aanzien van de genoemde gevallen als wel bij de huwelijken van minderjarigen, waarin de ouders niet wilden toestemmen wegens ongelijkheid van milieu.

Voor al ten aanzien van de eis van toestemming der ouders bij huwelijken van minderjarigen wordt een felle strijd tussen Kerk en staat gestreden. De gezanten van de Franse koning hadden in Juli 1563 het Concilie onder meer gevraagd om behalve de naar de vorm clandestiene huwelijken ook de „matrimonia clandestina” in de zin van zonder goedkeuring der ouders gesloten huwelijken, nietig te verklaren.⁵⁴ Ondanks de sterke aandrang tijdens de beradslagingen door de Kardinaal van Lotharingen uitgeoefend, ondanks ook de in nationale concilies reeds tevoren daartoe geuite wens⁵⁵ is het zover niet gekomen. In het decreet „De reformatione matrimonii” is zelfs met zoveel woorden uitgesproken, dat zulke huwelijken, hoezeer door de Kerk afgekeurd, toch geldig zijn. De formulering vertoont een dogmatisch karakter, nu het

⁵³ Zie TH. M. VLAMING-L BENDER O.P., *Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici*, 4a ed., Bussum, 1950, p. 59, F. CLAEYS BOUUAERT-G. SIMENON, *Manuale iuris canonici*, ed. 5a, Gandae et Leodii, 1939, no. 90, p. 51-52. Vgl. voor „zuiver burgerlijke gevolgen” en „onafscheidelijke gevolgen”, hiervóór p. 2, noot 9, zie ook Dr F. A. M. VAN WELIE, Hoofdstukken van canoniek huwelijksrecht, Nijmegen-Utrecht, 1946, no. 32, p. 52-53.

⁵⁴ THEINER, II, p. 316.

⁵⁵ Het in 1536 te Keulen gehouden Nationale Concilie beval de pastoors aan niet tot inzegening over te gaan van huwelijken van minderjarigen dan na zich verzekerd te hebben, dat de ouders er in toestemden. Tegelijkertijd werd de wens uitgesproken, dat een Algemeen Concilie de toestemming op straffe van nietigheid van het huwelijk zou voorschrijven; vgl. LEON DUGUIT, *Etude historique sur le rapt de séduction*, in: *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, Xme année, 1886, p. 602

„anathema” wordt uitgesproken over hen, die leren dat huwelijken zonder de toestemming der ouders voltrokken, wettigheid missen. Het komt ons voor, dat het Concilie deze vorm heeft gekozen om aldus de leer der Protestanten te veroordelen, die in de toestemming der ouders een essentieel huwelijksvereiste zagen, van Goddelijk recht.⁵⁶

Het Concilie van Trente heeft over het Franse voorstel uitvoerig gedelibereerd en er zijn zelfs een drietal ontwerp-bepalingen opgesteld, die het ontbreken der toestemming, waarover het gaat, als een dirimerend beletsel bedoelden te vestigen.⁵⁷ Aanvankelijk wellicht geneigd de Fransen hun zin te geven, heeft het Concilie uiteindelijk toch, naar het schijnt, op aansporen van Pater Laisné, zich er toe beperkt ze af te keuren en te verbieden. Laisné heeft het Concilie in overweging gegeven de schijn te vermijden, dat de Kerk de leer der Protestanten aanhing.⁵⁸

Het wil ons nochtans toeschijnen dat de reden der afwijzing van het verzoek van Frankrijk dieper ligt dan de vrees van de Kerk het odium van toegeeflijkheid ten opzichte der Protestanten op zich te laden. Zij komt voort uit de kerkelijke opvatting van persoonlijke vrijheid van partijen een huwelijk aan te gaan. Aan het individu komt onafhankelijkheid toe met betrekking tot het huwelijk. Het huwelijk is iets van zeer persoonlijke aard.⁵⁹ De Kerk heeft het aangaan van een huwelijk steeds begunstigd en zij beveelt het huwelijk aan aan degenen, die zich minder geschikt gevoelen voor de superieure levensstaat der maagdelijkheid. Dit is begrijpelijk, daar anders slechts met grote moeite of niet de kuisheid bewaard blijft.⁶⁰ Beschouwt het canonieke recht ook heden niet als een der doeleinden van het huwelijk „remedium concupiscentiae”?⁶¹ Bovendien wordt door het sacrament des huwelijks heiligmakende genade aan de echtgenoten toebedeeld. De nadruk, die sedert de 12e en 13e eeuw op de sacramentaliteit van het huwelijk komt te liggen, bevorderde niet in het minst de algemene opinie van die tijd, dat voor het geldig tot stand komen van het huwelijks sacrament - vorm en materie er van worden in de huwenden zelf aangetroffen - de toestemming der ouders niet is vereist.⁶² Het valt gemakkelijk in te zien, dat de Kerk het familiebelang heeft ten achter gesteld

⁵⁶ „De reformatione matrimonii”, caput 1: „eos Sancta Synodus anathemate damnat qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse”, *Canones et decreta. Conc. Trid.*, p. 172.

Vgl. S. M. VECCHIOTTI, *Institutiones canonicae*, Vol. III, *De Sacramentis in genere et in specie*, Taurini-Romae, § 118, p. 230-231.

⁵⁷ Vgl. DE SMET, no. 519 p. 455; ESMEIN, Tome 2, p. 178; DUGUIT, p. 609.

⁵⁸ DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*, Tome V, p. 70-71.

⁵⁹ Het is niet met zekerheid bekend, of de Kerk reeds vanaf de eerste eeuwen van Haar bestaan het zonder ouderlijke toestemming gesloten huwelijk geldig beschouwde.

TERTULLIANUS (*Ad Uxor.*, l. 2, c. 8) zegt: „. . . . nec filli sine consensu patrum recte et iure nubunt”; volgens KNECHT, p. 83-85, heeft de Kerk destijds de decreten der Christelijke Keizers van Rome, de eis van vader-toestemming bevattend, ter inachtneming voorgeschreven om de dualiteit van kerkelijk en burgerlijk huwelijksrecht zoveel mogelijk te vermijden. Als Tertullianus ook de H. BASILIUS (*Ep.* 199, *ad Amphilochem*, no. 42).

NICOLAAS I beschouwde in de negende eeuw de ouderlijke toestemming niet essentieel.

Vgl. hierover JOYCE, p. 73 vlg.

⁶⁰ Vgl. ESMEIN, Tome 1, p. 92 vlg.; PLANIOL-RIPERT, no. 745, p. 280.

⁶¹ Canon 1013, § 1.

⁶² JOYCE, p. 75.

bij de vrijheid der leden der familie om te trouwen en zich geplaast heeft tegenover het Romeinse recht, volgens hetwelk de toestemming van de paterfamilias, - wiens wil de samenstelling van zijn domus, waartoe zelfs de gehuwde zoon, mits niet sui juris, bleef behoren, beslissend bepaalde - een essentieel (in den beginne uitsluitend) vereiste was.⁶³

Dit is het standpunt der Kerk.

In burgerlijke kringen is men vanaf het einde der Middeleeuwen, doch vooral tijdens het „ancien régime”, steeds meer waarde gaan toekennen aan de toestemming der ouders, een appreciatie, waaraan de receptie van het Romeinse recht wel niet vreemd is. In het „droit coutumier” ontmoeten we tal van bepalingen, die de ouders toestaan minderjarige kinderen, die zich zonder de toestemming hunner ouders in de echt verbinden, te ontverven.⁶⁴

Burgerlijke auteurs achten deze sanctie evenwel niet voldoende en willen de autorisatie der ouders op straffe van nietigheid zien geeist.⁶⁵ Men wil niet een volledige herleving van de Romeinse familiestructuur, doch na de renaissance heeft de familie in de burgerlijke concepties onder meer tot doel de handhaving van haar maatschappelijke conditie te verzekeren, en wel in het belang van al haar leden. Minder dan vroeger strekt thans de eis van sociale eenheid tot uitsluitend profijt van het hoofd, doch veeleer tot voordeel van allen, de gehele familie. De eenheid van het familie-verband prevaleert op de individuele rechten en vrijheden. Aan de vader komt het toe de gezinsleden te leiden volgens de tradities van de familie. Vandaar die vrees voor „mésalliances”, vandaar dat streven naar de eis van ouder-toestemming. Naar de zeden van die tijd is de familie een nauwgesloten sociale formatie, waarin elementen, die vreemd waren aan de familietradities, niet konden worden geduld.⁶⁶

Tegenover de kerkelijke opvatting van individuele vrijheid stelt de burgerlijke maatschappij de sterke gebondenheid aan het familie-belang op de voorgrond. Die sociale opvatting was zo sterk, dat HENDRIK II, nadat het buitenland was voorafgegaan,⁶⁷ bij Edict van Februari 1556⁶⁸ al maatregelen tegen dit soort

⁶³ D. 23 2 2 „Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt”, ULPIANUS, Reg. V, 2 „Iustum matrimonium est, si . . . utriusque consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt”. Zie voor Romeinse familiestructuur FRANCESCO COSENTINI, *Le droit de famille, Essai de réforme*, Paris, 1929, p. 193, GASTON MAY, *Elements de droit romain*, 17me ed., Paris, 1927, p. 117-118.

⁶⁴ DUCHESNE, p. 45 vlg. noemt de coutume de Bourbonnais, opgesteld in 1521, coutume van Labourt, opgesteld in 1514, de coutumes van Bordeaux (1520), Bretagne (1580), van Bar en Lotharingen (1579) en van Metz (1613).

⁶⁵ PASQUIER, Tome 2, Livre III, Lettre I, kol. 49 vlg. „Bien scay-je que depuis quelques centaines d'ans, quelques Moines rapetasseurs de vieilles gloses, nous ont insinué cette barbare & brute opinion, que de Droit Canon, le consentement des pères & mères, n'estoit requis aux mariages de leurs enfans, que par honneur, & non de nécessité. Ceux-cy firent perpétuelle profession de celibat. . . C'est vrayement l'advis des gens nourris en l'obscurité d'un cloistre. . . Cela tient plus du Paganisme, que du Chretien”

⁶⁶ Vgl. PAUL LEREBOURS-PIGEONNIERE, *La famille et le Code civil*, in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, Tome 1, Paris, 1904, p. 268-269.

⁶⁷ Door een wet van 4 October 1540 nam KAREL V maatregelen tegen de clandestiene - zonder goedkeuring der ouders gesloten - huwelijken „. . . overmits de heijmelijcken Houwelijcken die gecontracteert worden tusschen jonge Luyden, sonder advys, raedt en consente van Vrienden en Magen van beyde zijden. . .” en dan volgt een vermogensrechtelijke en strafrechtelijke sanctie, vlg. FRIEDBERG, p. 70

⁶⁸ ISAMBERT, Tome XIII, p. 469 vlg., artikel 1. „Que les enfans de famille ayans contractés et qui contracteront cy apres mariages clandestins contre le gré, vouloir et consentement de leursdits pères et meres, puissent . . . estre par leursdits pères et meres, et chacun d'eux, exherédéz et exclus de leurs successions . . .”

„matrimonia clandestina” heeft getroffen. Bepaald werd, dat de ouders de kinderen konden onterven, terwijl degenen, die aan de totstandkoming van zulke huwelijken hun medewerking hadden verleend, zo gestraft konden worden, als de wereldlijke rechter geraden oordeelde.⁶⁹ Met geen woord wordt in dit edict over de nietigheid van het huwelijk gesproken. Wel meenden sommigen, zoals Coras,⁷⁰ dat volgens dit edict de clandestiene huwelijken nietig waren, doch volgens de meesten heeft de koning niet bedoeld de huwelijksband te raken. In de hiervoor geciteerde „Lettre” van Pasquier wordt betreurd, dat niet met „commun consentement de l’Église Gallicane” een ordonnantie wordt vastgesteld, die de nietigheid uitdrukkelijk bepaalde. Uit het koninklijk decreet volgde zij dus zijns inziens niet.⁷¹ Inderdaad zegt dit alleen, dat „lesdits enfans qui ainsi seront illicitement conjoints par mariages” kunnen worden ontferd.

Teleurgesteld over het uitblijven van afdoende maatregelen van de zijde der Kerk in 1563, heeft de Franse koning zelf scherpe ordonnances tegen de huwelijken in kwestie afgekondigd. De Ordonnance de Blois van 1579 bevestigt het edict van 1556. Aan de pastoor wordt verboden huwelijken van minderjarigen in te zegenen, als hem niet blijkt, dat de ouders of voogden toestemming tot het huwelijk hebben gegeven. Zondigt hij tegen dit verbod, dan zal hij worden gestraft „comme fauteur du crime de rapt”.⁷² Volgens de verordening staat derhalve het aangaan van een huwelijk zonder toestemming van de ouders der minderjarige partij gelijk met schaking. Degene, die de minderjarige tot zo’n huwelijk heeft verleid, maakt zich schuldig aan het misdrijf van „rapt” en moet, zonder dat uitzicht op gratie bestaat, zijn delict met de doodstraf uitboeten.⁷³ Dit huwelijk wordt dus niet formeel met nie-

⁶⁹ Artikel 3: „Et d’abondant avons ordonné et ordonnons que lesdits enfans conjoints par la maniere que dessus, ceux qui auront traicté tels mariages avec eux, et donné conseil et ayde pour la consommation d’iceux, soient subjets à telles peines qui seront advisees, selon l’exigence des cas, par nos juges . . .”. De aanleiding tot het edict was deze, dat HENDRIK II zijn natuurlijke dochter Diana wilde doen trouwen met MONTMORENCY, zoon van een van zijn hovelingen. Deze MONTMORENCY had evenwel clandestien reeds tot vrouw genomen JEANNE PIENNES „fille d’honneur” van CATHERINA DE MEDICIS. Een door de Koning tot Paus PAULUS IV gericht verzoek dit huwelijk nietig te verklaren was wel niet voor inwilliging vatbaar. Men zie voor deze geschiedenis ALEXANDRE VANTROYS, *Étude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfans en droit romain, droit ancien et droit civil*, Paris 1889, p. 193 vlg. DUGUIT, p. 605-606, PLANIOL-RIPERT, Tome I, no. 746, p. 280.

⁷⁰ DUGUIT, p. 608.

⁷¹ PASQUIER, Tome 2, Livre III, Lettre I, kol. 49.

⁷² WALKER, Tome 1, p. 117, Ordonnance de Blois, artikel 40 „Enseignons aux curés, vicaires ou autres de s’enquérir soigneusement de la qualité de ceux, qui voudront se marier, et s’ils sont enfans de familles, ou étant en la puissance d’autrui, nous leur defendons etroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s’il ne leur apparaît du consentement des peres, mères, tuteurs, ou curateurs, sur peine d’être punis comme fauteurs du crime de rapt”, artikel 41 „Nous voulons que les ordonnances contre les enfans contractans mariage sans le consentement de leurs peres, mères, tuteurs et curateurs soient gardees, même celle qui permet en ce cas les exheredations”.

⁷³ WALKER, Tome 1, p. 118, Ordonnance de Blois, artikel 42 „Et néanmoins voulons que ceux qui se trouveront avoir suborné fils ou fille mineurs de vingt-cinq ans, sous pretexte de mariage . . . sans le gré, su, vouloir ou consentement exprès des peres, mères et des tuteurs, soient punis de mort, sans esperance de grâce et pardon. . . . et pareillement seront punis extraordinairement tous ceux qui auront participé audit rapt, et qui auront prêté conseil, confort et aide en aucune maniere que ce soit”.

tigheid bedreigd. Hieraan waagt zich de Franse wetgever bewustelijk niet. In de Code MICHAUD van 1629 vinden we een uitgebreid artikel,⁷⁴ waarin met zoveel woorden de bezorgdheid voor „*mésalliances*” wordt uitgedrukt. De koning verlangt voor de toekomst te verhinderen „*que plusieurs familles de qualité ne soient alliées avec personnes indignes et de moeurs dissemblables*”. Ook nu wordt de huwelijksluiting met een minderjarige zonder toestemming der ouders „*rapt*” genoemd, welk delict de doodstraf en confiscatie der goederen over de schuldige afroept. De huwelijken worden geacht „*nuls et de nul effet et valeur*”, „*comme non valablement, ni légitimement contractés*”. De kinderen uit die huwelijken geboren zijn en blijven bastaarden, onwettig. Het heeft er alle schijn van, dat de koning in 1629 anders dan zijn voorgangers het huwelijk ook met betrekking tot de huwelijksband nietig verklaard wilde zien. Mogelijk is zulks bij de uitvaardiging van het decreet ook bedoeld. Maar, toen van kerkelijke zijde tegen de gebezigde terminologie werd geprotesteerd en om nadere uitleg werd gevraagd, heeft de koning bij monde van De Marillac, ontwerper van de Code Michaud, de geruststellende verklaring gegeven, dat „*non valablement contractés*” slechts betrekking had op de burgerlijke gevolgen.⁷⁵

Maar ook deze onthouding van burgerlijke gevolgen had niet tot grond, dat de huwelijken zonder de goedkeuring der ouders waren gesloten: „*Voulons suivant les saints décrets et les constitutions canoniques, tels mariages faits avec eux, qui auront enlevé lesdits . . . fils et filles, estre déclarés nuls . . .*”. Het delict van schaking, als hoedanig een huwelijksluiting zonder toestemming der ouders werd gekwalificeerd, was de grond van de nietigheid, beperkt tot de burgerlijke gevolgen in de enge zin.

Praktische betekenis heeft de ordonnantie echter niet gehad. Zij werd nimmer toegepast. Pothier vermeldt haar zelfs niet, hoezeer ze ook vanwege de door haar gebruikte bewoordingen zou passen in zijn beschouwingen, die de vorstenmacht zo welgezind zijn.

Tien jaren later, in 1639, richt de koning zich in zijn *Déclaration* wederom tegen de bedrijvers van en medeplichtigen aan het misdrijf van „*rapt*”, waarmee het feit van het huwelijk wordt gelijkgesteld. De bepalingen van de Ordonnance de Blois worden herhaald, met overneming van de onterving van rechtswege uit de Code Michaud.⁷⁶

Hebben dus de Franse koningen de huwelijken van minderjarigen zonder toestemming der ouders aangegaan, niet ongeldig verklaard wegens „*clandestinité*”,⁷⁷ ook de Franse parlementen hebben het niet aangedurfd het ontbreken dier toestemming als een ongeldigmakend beletsel aan te merken.

⁷⁴ Artikel 169, ISAMBERT, Tome XVI, p. 273-274.

⁷⁵ Vgl. J. CLEMENS, *Traité du pouvoir irréfragable et inébranlable de l'Eglise sur le mariage des Catholiques*, Liège, 1768, p. 184-185, en p. 305, VANTROYS, p. 270-271.

⁷⁶ ISAMBERT, Tome XVI, p. 520 vlg. *Déclaration sur les formalités du mariage, les qualités requises, le crime de rapt*, van 26 November 1639, artikel 2.

⁷⁷ POTHIER, no. 326, betoogt, dat de *Déclaration* van 1639, al spreekt zij nietigheid wegens het ontbreken der toestemming van derden expressis verbis niet uit, naar de geest toch wel bedoelt te verklaren, dat deze huwelijken ook „*quo ad foedus*” nietig zijn.

Zij begrepen zeer wel, dat zij door zo te handelen in flagrante strijd zouden komen met Trente, dat uitdrukkelijk niet van de toestemming der ouders als vereiste voor de geldigheid van de echt had willen weten.⁷⁸

Doch aan de andere kant waren Frankrijks parlementen vindingrijk genoeg om, zonder zich in beginsel van het kerkrecht te distancieren - erkennend, dat het ontbreken der toestemming geen nietigheidsgrond was -, die toestemming feitelijk toch als essentieel voor de geldigheid te vorderen. Formeel ontkwamen zij daarbij aan het „anathema” van „Tametsi”, terwijl niet werd tekort gedaan aan wat naar hun inzicht door de maatschappelijke constellatie werd geëist. En merkwaardiger wijze bereikten zij het door hen beoogde resultaat zelfs door toepassing van het door Trente vastgesteld recht!

Trente bepaalde, vooral op aandrang van de geestelijkheid van Frankrijk en de gezanten van de Franse koning,⁷⁹ dat russen schaker en geschaakte geen geldig huwelijk kon worden gesloten, zolang de geschaakte in de macht van de schaker verbleef.⁸⁰ Was de geschaakte weer in vrijheid hersteld, dan bestonden tegen de geldigheid van een dan gesloten huwelijk geen bezwaren. In Frankrijk moest de raptus-bepaling wel een gunstig onthaal vinden, omdat zij een terugkeer betekende tot een oude coutume. Vandaar, dat het de Franse wetgever gemakkelijk viel ook dit stuk Trents recht in zijn Declaratie van 1639 op te nemen, al kon hij er zich niet van onthouden te bepalen, dat ingeval een huwelijk zou worden gesloten, wanneer het meisje na de schaking haar vrijheid had herkrege, zij over haar zelf en haar kinderen onterving van rechtswege zou afroepen.⁸¹

De overheersende mening omtrent de betekenis van de Trentse bepaling was en is deze, dat het Concilie onder „raptus” als ongeldigmakend beletsel slechts de gewelddadige schaking begreep, hetzij met fysiek geweld, hetzij door uitoefening van morele dwang uitgevoerd.⁸² De raptus moest tegen de „raptus” gericht zijn, bedoeld om het meisje, eenmaal weggevoerd, in een huwelijk met de schaker te doen toestemmen („raptus violentiae”). Niet viel er dus onder de z.g. „raptus in parentes”. Daarvan is sprake, als een minderjarig meisje vrijwillig, wellicht enthousiast, met de schaker meegaat om met hem buiten weten of tegen de wil van de ouders een huwelijk aan te gaan. Het ligt wel voor de hand om aan te nemen, dat de kerkelijke wetgever niet bedoeld heeft „raptus in parentes” tot een nietigheidsgrond te verklaren. Bij de behandeling van het verzoek van Frankrijks koning om de toestemming der ouders op straffe van nietigheid van de echt voor te schrijven, heeft de Kerk na langdurige deliberaties uitdrukkelijk dat verzoek niet ingewilligd.⁸³ Men

⁷⁸ Zie hierboven p. 27, noot 56.

⁷⁹ THEINER, II, p. 337 vlg.

⁸⁰ *Decretum de Reform. matrim.*, Caput VI: „Decernit sancta Synodus inter raptorem et raptam, quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit, nullum posse consistere matrimonium”, *Canones et decreta Conc. Trid.*, p. 177.

⁸¹ Artikel 3, ISAMBERT, Tome XVI, p. 522.

⁸² Vgl. DE SMET, no. 648, p. 561; zie ook G. HUYGENS, *Breves observationes de sacramento matrimonii et quatuor novissimis*, Leodii, 1697, Cap. XXXI, p. 204-206; CLEMENS, p. 307; VECCHIOTTI, Vol. III, § 109, p. 234-240; DR MARTIN LEITNER, *Lehrbuch des katholischen Eherechts*, Paderborn, 1912, p. 142.

⁸³ Zie hiervoor p. 27; Vgl. VANTROYS, p. 209-226.

wilde, gelijk wij zagen, de persoonlijke vrijheid van partijen om te trouwen niet onnodig beperken, niet afhankelijk stellen van het inzicht der ouders. Zou echter ook „raptus in parentes” onder de Trentse raptus (als ongeldig-makend beletsel) moeten worden begrepen, dan zou die geintendeerde vrijheid van partijen tot het ontvangen van het huwelijkssacrament slechts een illusie zijn, iedere reële zin missen.

De Franse parlementen gaven aan „raptus” als dirimerend beletsel echter niet zulk een beperkte uitleg, dat alleen „raptus violentiae” daarmede zou zijn bedoeld. Zij begrepen met een beroep op het oude „droit coutumier” onder „rapt” als nietigheidsgrond ook het geval, dat een minderjarige tot het aangaan van een huwelijk was „verleid” door „persuasion et artifices”.⁸⁴ Men sprak dan van „rapt de séduction”, welks erkenning als nietigheidsgrond niet in strijd met Trente werd geoordeeld. Dan had toch, zo werd betoogd, de minderjarige niet de voor het huwelijk gevorderde vrijheid genoten.

Aldus gaf men aan het kerkrecht - gereproduceerd in de Declaratie van 1639 - een ruime uitleg. Een fictie moest helpen om voor alle gevallen, waarin een minderjarige zonder toestemming van ouders of voogden een huwelijk had gesloten, „rapt de séduction” als nietigheidsgrond te construeren, zelfs in het geval, dat de minderjarige in volle vrijheid, van ganser harte, met het huwelijk buiten de ouders om had ingestemd.

De koninklijke ordonnances verklaarden, gelijk we zagen, het feit, dat men een minderjarige zonder de toestemming der ouders had getrouwd, tot strafwaardige „rapt”, alléén al op grond van het feit, dat zonder die toestemming een huwelijk was gesloten. De rechtspraak gaf nu aan die ordonnances deze uitleg: zij vooronderstelden, dat een huwelijk van een minderjarige, zonder de toestemming der ouders aangegaan, door praesumptie beschouwd moest worden als „belast” met het impediment „rapt de séduction”. „Mais si le mariage d'un mineur, pour cela seul qu'il est contracté sans le consentement de ses père et mère, est réputé entaché du vice de séduction, c'est une conséquence nécessaire qu'il est pour cela seul réputé nul et non valablement contracté, la séduction étant contraire à la liberté du consentement, qui est de l'essence du mariage, et étant un empêchement dirimant de mariage”.⁸⁵ Weliswaar werd de verleiding „iuris tantum”⁸⁶ vermoed, welk vermoeden werd afgeleid uit het ontbreken der toestemming der ouders, maar praktisch was de

⁸⁴ Aldus advocaat-generaal BIGNON DE BLAURY in een huwelijkszaak op 10 Januari 1689, Conférences d'Angers, 5me Conférence sur le mariage, éd de Besançon, Tome XVIII, p. 233 vlg., aangehaald door DANIEL, p. 114, zie ook CH. FEVRET, Tome I, Livre V, Ch. II, nos 7-8, DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome V, p. 70.

⁸⁵ Vgl. POTHIER, no 326. De nietigheid werd dus niet hierop gegrond, dat er „raptus in parentes” was gepleegd, doch hierop dat er „raptus in raptam” aanwezig werd geacht. Deze „raptus in raptam” werd „rapt de séduction” genoemd, wel te onderscheiden van het begrip „raptus seductionis” in de betekenis van „raptus in parentes”. VIOLLET, p. 407, wijst erop (noot 3), dat een ordonnantie van 28 November 1730 (ISAMBERT, Tome XXI, p. 340-341) - artikel 2 - veronderstelt, dat de rechter in geval van criminele „rapt de séduction” de nietigheid van het huwelijk uitspreekt. Niet alle parlementen spraken altijd de nietigheid uit. Soms werd de séduction-theorie niet toegepast, n.l. als er van mesalliance geen sprake was, vgl. DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome V, p. 77.

⁸⁶ POTHIER, no 326, spreekt van „praesumptio juris” zonder meer, BASDEVANT, p. 114, van een „praesumptio juris ac iure”.

mogelijkheid om tegenbewijs te leveren uitgesloten: het kwam er niet op aan van welke kant de „séduction” was gepleegd; zelfs wanneer de minderjarige zich door eigen passie tot een huwelijk had laten verleiden, was er van het beletsel van verleiding sprake.⁸⁷

Wat het Concilie van Trente als een geldig huwelijk erkende, werd dus door de Franse parlementen, vooral sedert het midden der zeventiende eeuw, langs bovenstaande vernuftig gevonden omweg feitelijk weersproken. Maar het beginsel, dat de huwelijken niet nietig waren op grond van het ontbreken der oudertoestemming, tastte men niet aan.

De Franse clergé schijnt zich bij deze gang van zaken te hebben neergelegd. Tegen de inzegening van een tweede huwelijk, gesloten na het eerste, dat op grond van „rapt de séduction” ongeldig was verklaard, maakte zij althans geen bezwaar.⁸⁸

De inschikkelijkheid der Franse geestelijkheid ging trouwens zeer ver. Dit blijkt wel uit de geruchtmakende zaak van GASTON D'ORLEANS, broer van de Franse koning, die zonder toestemming van zijn koninklijke broer huwde met Marguérite, dochter van Charles de Lorraine. De koning had tegen dit huwelijk bezwaar. Door de Paus werd het evenwel als geldig erkend, omdat geen canoniek voorschrift bestond, dat bij huwelijken van prinsen de toestemming van het hoofd van het koninklijk huis als essentiale stelde. Wel bestond een oude Franse gewoonte (meer niet), volgens welke die bewilliging van de koning vereist was.⁸⁹

De Franse koning liet de Procureur-Generaal bij het Parijse parlement, Brignon, in 1634 deze zaak aan dit parlement voorleggen. Overeenkomstig de conclusies van Brignon werd het huwelijk op 5 September 1634⁹⁰ nietig verklaard. Charles van Lotharingen werd beschuldigd van „rapt”, door hem begaan tegen Gaston, en alle mogelijke rouwmoedigheid en schuldbesef werd van hem geëist. Gaston's gevoelens voor Marguérite bleken echter sterk genoeg om zich niet bij de beslissing van het Parijse parlement neer te leggen, welks bevoegdheid terzake hij overigens betwistte. De Franse koning heeft daarom de kwestie voorgelegd aan een vergadering van de Franse Clergé, welke op advies van de gezamenlijke theologen van de Sorbonne, de koning in het gelijk stelde. Pothier concludeert er uit, dat naar opvatting der theologen de vorst het recht had een vernietigend beletsel vast te stellen.⁹¹ Die gevolgtrekking lijkt ons niet juist. Immers, in haar aan de koning gegeven antwoord wordt door de geestelijkheid wel erkend, dat de gewoonte van de staat een dirimerend beletsel kon vormen, maar de Bisschop van Montpellier had het antwoord wijselijk wel zo geformuleerd, dat werd gesproken van een gewoonte, „autorisée de l'Église”, zodat het diri-

⁸⁷ POTHIER, no. 326.

⁸⁸ JOYCE, p. 242.

⁸⁹ POTHIER, no. 343.

⁹⁰ POTHIER, no. 343; DANIEL, p. 112.

⁹¹ no. 343.

merend karakter veeleer aan het gezag der Kerk ontleend schijnt te zijn.⁹² Later heeft de koning zijn broer Gaston toch toegestaan met zijn Marguéríte te „trouwen”. Het huwelijk werd op 22 Mei 1643 plechtig ingezegend door de aartsbisschop van Parijs, die niet erg gerust was over de uitspraak van de clergé: hij zegende het huwelijk in met de woorden „Ego vos conjungo in matrimonium in quantum opus est”.⁹³

In geheel deze affaire achten wij het vooral belangrijk, dat de Franse koning het toch geraden oordeelde niet louter te steunen op de uitspraak van het Parijse parlement, doch tevens de mening inwon van de Gallicaanse Kerk. Hieruit blijkt temeer, dat men - en dit markeert de gehele periode van het „ancien régime” - een transactie poogde tot stand te brengen tussen kerkelijk en burgerlijk recht. Men stelt het voor, als spreken zij elkaar niet tegen. Men ignoreert het canonieke recht niet, men past het zelfs toe. „L'appel comme d'abus”, vinding van de wazige vaagheid der Gallicaanse pretenties, vormt het middel, waardoor de eenheid van huwelijksrecht in het Gallicaanse Frankrijk wordt verzekerd, en de canones worden toegepast op een wijze, welke mede de inachtneming der burgerlijke voorschriften realiseert. Is het huwelijk aan de ene kant gebleven, wat het in de Middeleeuwen was, religieus van aard, aan de andere kant is het naar voren getreden als een zaak niet minder van burgerlijke openbare orde. De staat zoekt met behoud der oude conceptie - rechtens geldt alleen het huwelijks sacrament - zijn belang te doen gelden.

II. RECHTSPRAAK.

Frankrijk heeft er zich niet mee tevreden gesteld op de vooromschreven wijze de maatschappelijke belangen, bij het huwelijk betrokken, veilig te stellen. Het poogde in feite evenzeer de rechtspraak over het huwelijk, ook „quoad foedus matrimonii”, onder de greep van de lagere burgerlijke rechters te brengen. In dat streven is het wel zozeer geslaagd, dat de officialen langzamerhand op een zeer beperkt terrein zijn teruggedrongen. En dit ondanks het „anathema” van canon 12 van Trente: „si quis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos, anathema sit”. Van die kerkelijke bepaling en de daarop gegronde desiderata van de Franse clergé trok overigens de koning zich meer aan dan de parlementen en de lagere rechters van de staat. De koning, bij wie de geestelijkheid steun zocht tegen de verregaande pretenties der burgerlijke rechters, erkende en bepaalde bij herhaling,⁹⁴ dat

⁹² CLEMENS, p. 312-313, aldaar de tekst van het antwoord van de clergé aan de koning

⁹³ CLEMENS, p. 314, J. LAUNOY, *Regia in matrimonium potestas*, Parisius, 1674, p. 436

⁹⁴ Edict van Melun van Februari 1580, artikel 25 (WALKER, Tome 1, p. 125), waarin aan de wereldlijke rechter werd verboden van „causes matrimoniales” kennis te nemen. Dit edict werd uitgevaardigd, omdat de geestelijkheid er zich over had beklagd, dat de ambtenaren van zijne Majesteit zich met huwelijkskwesties inlieten, vgl. DESFORGES, p. 141, Edict van December 1606, vastgesteld naar aanleiding van „les plaintes et remontrances du clergé assemble à Paris”, artikel 12 „Nous voulons que les causes concernant les mariages soient et appartiennent à la connaissance et juridiction des juges d'église” (WALKER, Tome 1, p. 151), Edict van 1695, artikel 34 (ISAMBERT, Tome XX, p. 253).

de „causes matrimoniales” door de kerkelijke rechter moesten worden berecht. Hierop bleef dan begrijpelijkerwijze deze uitzondering bestaan, dat de parlementen competent bleven om door „l'appel comme d'abus” van de huwelijkskwesties kennis te nemen.

Doch nòch de lagere rechters, nòch ook de parlementen stoorden zich ten volle aan het koninklijk bevel en zochten naar middelen om hun étatistische aspiraties ook op het stuk van de huwelijksrechtspraak verwezenlijkt te zien. De geciteerde canon van het Trentse Concilie was voor hen daarbij geen moeilijkheid. Enerzijds volgde naar hun inzicht uit die bepaling geenszins, dat de kerkelijke rechters een exclusieve jurisdictie bezaten, anderszijds werd in parlementaire kringen veelal het dogmatisch karakter er van afgewezen. En al erkenden zij - naar het schijnt om althans formeel het gebod des konings na te komen -, dat in het algemeen hic et nunc de kerkelijke rechter „de foedere matrimonii” competent was,⁹⁵ toch kon huns inziens de jurisdictie van de burgerlijke rechter (als rechter in eerste instantie) in sommige, ja vele gevallen niet worden betwist. Men drukte het dikwijls zo uit, dat hij „incidenteel” van het huwelijk mocht kennis nemen.⁹⁶

Toen het burgerlijk streven naar rechtsmacht over het huwelijk zich ging openbaren, was de strijd tussen Kerk en staat eigenlijk bij voorbaat al voor de Kerk verloren. Immers, „l'appel comme d'abus”, die „grand et fort nerf de nostre République françoise”⁹⁷ garandeerde het parlement altijd het laatste en beslissende woord. De feiten wijzen inderdaad uit, dat die „grand et fort nerf” doeltreffend genoeg bleek te zijn om de competentie der officialen, in de Middeleeuwen hun onbetwist terrein, uit te hollen. Want het is door een uithollingsproces, dat de kerkelijke rechters steeds verder werden teruggedrongen.

Op drieërlei wijze werd „l'appel comme d'abus” daarbij gehanteerd. Eerstens door de kerkelijke sententies af te wijzen op grond van hun inhoud; op de tweede plaats door de officialen in bepaalde gevallen zelfs het recht te ontzeggen om ook maar enige uitspraak te doen, ongeacht de inhoud; en ten slotte door partijen de vrijheid te laten hun huwelijkskwestie onmiddellijk aan het parlement voor te leggen, ook dan wanneer men zich in eerste instantie tot de kerkelijke rechter mocht wenden.

Een kerkelijke sententie had geen praktisch effect, was „in foro civili” - en naar Gallicaanse zienswijze ook „in foro ecclesiastico” - zonder waarde, als de officialen het huwelijksrecht verkeerd, „abusivement” toepasten, d.w.z. op een wijze, die niet overeenstemde met het inzicht der parlementen. De officialen konden, zoveel zij wilden, het gebod der huwelijksafkondigingen - ook bij huwelijken van minderjarigen - als niet essentieel vereist beschou-

⁹⁵ FEVRET, Tome I, Livre V, Ch. V, no. 18, p. 538; ook Tome I, Livre V, Ch. I, no. 11, p. 420.

⁹⁶ Aldus GUENOIS, wiens mening wordt medegedeeld door FEVRET, Tome I, Livre V, Ch. I, no. 11, noot 0, p. 420.

⁹⁷ PASQUIER, Tome I, kol. 290.

wen, de „rapt de séduction” als geen grond van nietigheid en de huwelijks-
zegen van de pastoor voor de geldigheid van het huwelijk als onnodig, de
parlementen oordeelden anders.

De staat ging echter nog verder en vond het niet voldoende, dat de Kerk
niet het laatste woord had, doch betwistte de Kerk ook het recht, om altijd,
zonder uitzondering, het éérste woord te mogen hebben. Deed de Kerk in
de gevallen, dat de staat Haar daartoe niet bevoegd achtte, toch in eerste
instantie een uitspraak, dan pleegde zij „abus” en de zaak werd door de
parlementen naar de burgerlijke (lagere) rechter verwezen.

Ter verdediging van de competentie van de burgerlijke rechter werd in som-
mige gevallen eenvoudigweg ontkend, dat de substantie van het huwelijk
in geding was, al oordeelde de kerkelijke rechter dan ook - terecht - anders.
Door een dergelijke voorstelling van zaken bleef men - althans formeel -
trouw aan het in acht te nemen beginsel, dat de Kerk exclusief bevoegd was
„quoad foedus matrimonii”, terwijl toch het beoogde doel werd bereikt.

Zo oordeelde men een „cause matrimoniale” niet aanwezig, als de kwestie
over de geldigheid of ongeldigheid van het huwelijk eerst werd gesteld,
als de band in feite niet meer bestond, wanneer dus het huwelijk door de
dood was ontbonden. Dan kon, naar men zei, niet de kerkelijke rechter tot
oordelen bevoegd worden geacht, maar de burgerlijke.⁹⁸

Wilden degenen, die ondanks het beletsel van leeftijd een huwelijk hadden
aangegaan, dat huwelijk doen nietigverklaren, dan hadden zij zich te wen-
den tot de burgerlijke rechter. De kerkelijke kon immers volgens de ko-
ninklijke ordonnances slechts kennis nemen van wat de huwelijksband be-
trof en deze was er bij een dergelijk voortijdig huwelijk zelfs nooit ge-
weest.⁹⁹

Evenmin achtte men de kerkelijke rechter competent met betrekking tot
scheiding van tafel en bed. „Separation d'habitation” kan slechts worden
verkregen door een vonnis van de burgerlijke rechter, zegt Pothier,¹⁰⁰ daar
het hier niet gaat de „foedere matrimonii”; de band blijft immers intact en
buiten geding.

Het werd ook wel zo voorgesteld, dat, wanneer er een burgerlijke kant aan
de huwelijkskwestie was verbonden, de burgerlijke rechter eveneens tot oor-
delen over de huwelijksband zelf bevoegd moest worden geacht.

Zo werd de scheiding van tafel en bed, die immers als burgerlijk gevolg
scheiding van goederen meebracht, ook wel op deze grond onder de com-
petentie van de burgerlijke rechter gebracht.¹⁰¹

Kreeg de burgerlijke rechter het misdrijf van schaking te vonnissen, dan

⁹⁸ D'HERICOURT, *Lois ecclésiastiques de France*, Paris, 1771 Ch V, artt 21-26 „le lien
qu'avait formé le sacrement étant rompu, l'affaire devient laïque”, vgl. LABOULAYE, p. 23,
ESMEIN, Tome I, p. 40, POTHIER, no 455.

⁹⁹ FEVRET, Tome I, Livre V, Ch I, no 7, p. 416.

¹⁰⁰ No 517.

¹⁰¹ FLEURY, Tome 2, p. 32. PLANIOL RIPERT, Tome I no 701, p. 267, VIOLLET, p. 399.

werd het de officiaal niet toegestaan zich uit te spreken over de geldigheid of nietigheid van het huwelijk in verband met het „impedimentum raptus”. Deed hij het toch, dan pleegde hij „abus”. Immers de burgerlijke rechter, die de schaking bewezen achtte, werd met uitsluiting van de Kerk bevoegd geacht óók over de ongeldigheid van het huwelijk uitspraak te doen, aangezien men dit als een sequeel van het delict beschouwde.¹⁰²

Wanneer in geval van bigamie, een misdrijf, hetwelk door de wereldlijke rechter werd berecht, het bestaan van het eerste huwelijk werd aangenomen, dan sprak de wereldlijke rechter de nietigheid uit van het tweede huwelijk,¹⁰³ zodat ook op deze wijze buiten de Kerk om de geldigheid van een huwelijk werd beoordeeld, waartoe naar kerkelijke opvatting alleen de Kerk bevoegd was.

Bij een geding over de burgerlijke gevolgen, oordeelde de rechter zich ook competent om als praejudicieel geschil de vraag op te lossen, of het huwelijk, wat de band betrof, al dan niet geldig was.¹⁰⁴

Een andere zeer geliefde methode tot inperking der kerkelijke bevoegdheid was deze, dat men de officialen niet toestond over feitelijke kwesties te oordelen, al hadden ze ook betrekking op de huwelijksband.¹⁰⁵ Een feitelijke kwestie werd aanwezig geacht als het er om ging, of een huwelijk door de dood was ontbonden, als dus moest worden beslist, of een der echtgenoten al dan niet overleden geacht moest worden.¹⁰⁶

Van feitelijke aard werd ook de huwelijksstuiting geoordeeld, als ze gegrond was op „des faits de force et de séduction.”¹⁰⁷

Tot slot moge als uithollingsfactor niet onvermeld blijven, dat het op de duur facultatief was toegestaan een huwelijkskwestie rechtstreeks aan de parlementen ter beoordeling voor te leggen.¹⁰⁸ Men kon aldus de kerkelijke rechter passeren en door middel van „l'appel comme d'abus” op de parlementen een beroep doen op grond van „abus” der huwelijkscelebratie, als hoedanig de assistentie van de pastoor werd gekwalificeerd. Deze procedure werd blijkbaar bij voorkeur gevolgd, aangezien men wel gauw de ervaring had opgedaan, dat de parlementen meer geneigd waren de huwelijken „mal, nullement et abusivement contractés” te verklaren dan de kerkelijke rechters.¹⁰⁹

¹⁰² FEVRET, Tome 1, Livre V, Ch. I, no. 15.

¹⁰³ BASDEVANT, p. 140; anders FLEURY, Tome 2, p. 31.

¹⁰⁴ BASDEVANT, p. 142.

¹⁰⁵ POTHIER, no. 452; FEVRET, Tome 1, Livre V, Ch. V, no. 18, p. 538.

¹⁰⁶ FEVRET, Tome 1, Livre V, Ch. I, no. 11, p. 420 (Parlement van Dijon, 18 Januari 1626).

¹⁰⁷ FEVRET, Tome 1, Livre V, Ch. V, no. 19, p. 539-540 (Parlement van Lyon, 19 Februari 1629).

¹⁰⁸ POTHIER, no. 453.

¹⁰⁹ FLEURY, Tome 2, p. 30-31.

HOOFDSTUK III.

DE HUWELIJKEN DER PROTESTANTEN.

De Vaders van het Concilie van Trente begrepen wel, dat, zouden de Trentse vormbepalingen ook door de Protestanten moeten worden nageleefd, dit naar Katholiek-kerkelijke opvatting vele concubinaten tot gevolg zou hebben. Niet in het minst om die reden bepaalde de kerkelijke wetgever, dat de vormvoorschriften van het Trentse decreet eerst zouden binden na verloop van dertig dagen sedert de dag, dat „Tametsi” in de parochie was afgekondigd.¹ Waar die afkondiging in Protestantse landen niet zou plaats hebben, werd ten opzichte van de huwelijken van Protestanten, die de regel van Trente vanzelf niet zouden naleven - maar ook van Katholieken, die zulks niet zouden kunnen -, in die landen de aanwezigheid van de pastoor voor de geldigheid van het huwelijk niet vereist. Naar geldend kerkrecht konden zij dus een wettig sacramenteel huwelijk aangaan buiten de pastoor om, „per verba de praesenti”, al zou het ja-woord door de Protestanten wellicht ten overstaan van hun dominee of een staatsambtenaar worden gegeven.

In Katholieke landen werd het Trentse decreet echter wel op de voorgeschreven wijze afgekondigd. Had zulks tot gevolg, dat de Protestanten, in die landen naar canoniek recht slechts ten overstaan van de Katholieke pastoor geldig konden trouwen? En - zo de Protestanten zich al om de een of andere reden tot de pastoor zouden wenden - mocht de pastoor dan zijn medewerking verlenen aan de voltrekking van een huwelijk tussen „haeretici”? Voor deze kwesties zag de Kerk zich in Frankrijk geplaatst.

Voor de Katholieke vorst waren de moeilijkheden niet minder groot. Moest hij, als hij „Tamesti” accepteerde als burgerrechtelijk van kracht, of wanneer hij - zoals in Frankrijk - de Trentse vorm in zijn ordonnances ter inachtneming voorschreef, ook zijn Protestantse onderdanen aan die Katholiek-kerkelijke vorm binden, ingeval de Katholieke Kerk de Protestanten tot inachtneming van de vorm van „Tametsi” verplichtte? En wat stond hem te doen, als naar canoniek recht de Protestanten ondanks de afkondiging van het decreet van Trente niet op de Katholieke pastoor waren aangewezen, doch ook consensueel of voor de dominee geldig konden trouwen? Moest hij zich dan schikken naar wat de Kerk toestond en de Protestanten ontheffen van de verplichting tot nakoming van de Ordonnance de Blois? Of was er in verband met het „un roi, une loi, une foi” geen plaats voor

¹ *Decretum de reformatione matrimonii, Caput 1 if.*: „Decernit insuper, ut hujusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat a die primae publicationis, in eadem parochia factae, numerandos”, *Canones et Decreta Conc. Trid.*, p. 174-175.

een pluraliteit van huwelijksrecht, welke op verscheidenheid van godsdienstige belijdenis was gebaseerd?

Met betrekking tot de vraag, of de „haeretici” in de landen, waar „Tametsi” was afgekondigd, gebonden waren aan de Katholiek-kerkelijke vorm, bestond verschil van mening.

Sommigen waren van oordeel, dat de Protestanten niet minder dan de rechtzinnigen in de Kerk aan het Trentse decreet waren gebonden, zodat hun huwelijken, wanneer die op een andere wijze dan ten overstaan van de Katholieke pastoor werden gesloten, ongeldig waren.²

De bekende canonist Van Espen³ echter en anderen met hem⁴ waren de mening toegedaan, dat „Tametsi” op Protestanten in het geheel niet van toepassing was, al woonden zij in een land, waar het decreet was afgekondigd. Ook de Franse geestelijkheid schijnt die mening te hebben gehuldigd. Zij verplichtte immers de Protestanten, die zonder de vorm van „Tametsi” in het huwelijk waren getreden, na hun bekering niet opnieuw, thans voor de pastoor, te trouwen.⁵

Bepaalde de Franse staat zijn houding dienovereenkomstig of eiste hij strikte inachtneming van de canonieke vorm ook van de Protestanten? Een voor alle perioden van het „ancien régime” gelijkkluidend antwoord is niet te geven. De geschiedenis van de huwelijken der Franse Protestanten levert een onverkwikkelijk, confuus beeld, waarin een vaste lijn niet is te vinden. Nu eens was Frankrijk tolerant, dan weer hield het vast aan het adagium „cuius regio, illius et religio”. En al deed Frankrijk dit laatste, dan nog was het niet steeds consequent.

De hoofdmomenten van deze historie, voorzover van belang voor goed begrip van de invoering van het burgerlijk huwelijk, willen we in enkele trekken schetsen.

Consequente toepassing van het „cuius regio, illius et religio” bleek niet steeds mogelijk. De Franse koningen waren tijden lang door de feiten er toe gedwongen een zekere soepelheid ten gunste der Protestanten te betrachten. Vrijheden en rechten van dezen werden bij een soort verdrag, een z.g. pacificatie-edict, vastgesteld. In feite komt het er in die perioden op neer, dat de Protestanten een soort staat in de staat vormden. Het jaar 1562 schonk de Calvinisten vrijheid van godsdienst buiten de steden; de vrede van St. Germain in 1570 garandeerde deze vrijheid in geheel Frankrijk behalve in Parijs, en wees bovendien een viertal vrijplaatsen aan, welke de Hugenoten

² Vgl. GASPARRI, ed. 3a, Vol. II, no. 1178, p. 197 vlg. en aldaar aangehaald: „Haereticos quoque, ubi decretum est promulgatum, teneri talem formam observare ac propterea etiam ipsorum matrimonia absque forma Concilii, quamvis coram ministro haeretico vel magistratu civili contracta, irrita et nulla esse” (S.C.C., 8 Januari 1678); in dezelfde zin: S.C.C., 19 Januari 1605 (J. PERRONE, De matrimonio christiano libri tres, Tom. II, Romae, 1858, p. 231) en S.C.C. 8 Januari 1663 (GASPARRI, ed. 3a, Vol. II, no. 1178, p. 197).

³ Jus ecclesiasticum universum, Lovanii, 1753, Tomus I, Pars II, Sect. I, tit. XII, caput V, no. 32.

⁴ Zie PERRONE, Tome II, p. 207 vlg.

⁵ Conférences ecclésiastiques de Paris sur le mariage, livre 4, Conférence 1, § 6; zie ook - voor de zuidelijke Nederlanden - G. HUYGENS, Breves observationes de sacramento matrimonii et quatuor novissimis, Leodii, 1697, cap. XXXVII, p. 244 vlg.

door eigen troepen mochten bezet houden.⁶ Het Edict van Nantes van 1598 bekrachtigde dit alles en gaf nog tal van nieuwe voorrechten. Zo werd de Protestant een eigen godsdienstige huwelijksvorm toegestaan. Hun ten overstaan van de bedienaar van de gereformeerde religie gesloten huwelijken zouden burgerrechtelijk worden erkend.⁷ Overigens waren de Protestanten niet verplicht in de kerkelijke vorm te trouwen; zij konden ook consensueel een huwelijk aangaan, hetwelk door de staat als geldig werd geaccepteerd.

Een bepaalde rechtsvorm wordt in 1598 derhalve niet als wezenlijk voorgeschreven. Slechts wordt van die, als omschreven in de Ordonnance de Blois, om politieke redenen gedispenseerd, zoals ook de Kerk - volgens sommigen - op de vormvoorschriften van „Tametsi” ten behoeve van de Protestanten uitzondering maakte. Geen burgerlijke vorm wordt voor de Protestanten gecreëerd, noch wordt de „pasteur” de taak toevertrouwd, die de Ordonnance de Blois in navolging van Trente de pastoor toebedeelde.

Wel treft de staat door het Edict van Nantes een regeling, waartoe naar Katholieke leer - ook volgens die der Gallicaanse theologen uit die tijd - alleen de Kerk bevoegdheid bezat. De eis van rust en orde in de Franse staat verklaart evenwel de wetgeving van de koning, terwijl volgens de opvatting, dat de Protestanten niet aan de vorm van Trente waren gebonden, van een flagrante strijd met de inhoud der canonieke voorschriften niet kan worden gesproken.

De tolerantie was echter niet van blijvende aard. In October 1685 werd het Edict van Nantes herroepen.⁸ Lodewijk XIV ging er van uit, dat er in Frankrijk geen Protestanten meer waren en dat derhalve handhaving van het Edict van Nantes geen zin meer had.⁹ De Protestantse godsdienst werd niet langer getolereerd; uitoefening er van werd verboden. De kerken moesten worden afgebroken. De bedienaren van de Protestantse religie moesten het land binnen veertien dagen verlaten „sous peine de galères”, tenzij zij zich tot het Katholicisme bekeerden. De ouders werden verplicht hun kinderen door een R.K. geestelijke te laten dopen.

Over het huwelijk werd echter met geen woord gesproken!

Mag dit stilzwijgen zo worden verklaard, dat de Protestanten ook na 1685 volgens de Franse wetgeving anders dan ten overstaan van de Katholieke pastoor geldig konden trouwen, hetzij zij het huwelijk aangingen „solo consensu”, hetzij zij dit deden voor de „pasteur”?

Sommigen zijn inderdaad van oordeel, dat de Protestanten ook na October 1685 niet op de Katholieke pastoor waren aangewezen. Zij putten hun argumenten zowel uit het stilzwijgen van het herroepingsdecreet van 1685, als uit een in September 1685 en enige na October 1685 uitgevaardigde ordon-

⁶ Vgl. over deze politiek DE JONG, deel III, p. 175 vlg.

⁷ ISAMBERT, Tome XV, p. 178 en 207.

⁸ ISAMBERT, Tome XIX, p. 530 vlg.

⁹ Vgl. BEAUCHET, p. 652 vlg., vooral p. 677.

nanties. De wettigheid van de consensueel gesloten huwelijken en van die, welke ten overstaan van de - ondanks het verbod in Frankrijk gebleven - Protestantse geestelijke waren aangegaan, zou uit die ordonnanties van na October 1685 wel niet zozeer expliciet blijken, doch er veeleer impliciet in besloten liggen.¹⁰

De meeste auteurs delen die mening echter niet. Het is, zo menen zij, niet aan te nemen, dat de Franse koning enerzijds als beginsel heeft willen uitspreken, dat er in Frankrijk geen Protestanten meer waren, doch slechts Katholieken - waartoe dan door een wettelijke fictie ook de Protestanten als „nouveaux convertis” werden gerekend, - anderzijds deze uitspraak weer teniet heeft willen doen door de erkenning, dat op de Protestanten de Ordonnance de Blois niet van toepassing was. Men doet ter verdediging van dit standpunt o.a. een beroep op een declaratie van 13 September 1698,¹¹ die de „nouveaux convertis” naar de Katholieke pastoor verwees.

Ook de Franse wetgever van het einde van het „ancien régime” schijnt laatstgenoemde zienswijze te zijn toegedaan. In het nog te bespreken edict van 28 November 1787 gaat hij er althans van uit, dat de huwelijken, die niet ten overstaan van de pastoor waren gesloten, „par la législation de notre royaume” nietig waren.¹²

Dit is de theoretische kant van de zaak. Wij behoeven er ons niet verder in te verdiepen; zij is voor de beantwoording van de vraag, waarom en hoe op het eind van het „ancien régime” voor een dissidente groep van onderdanen een gedeeltelijke secularisatie van het huwelijk plaats had, van geen praktisch belang. Die secularisatie hangt immers niet samen met de kwestie, of de Protestanten - van formeel-juridisch standpunt bezien - „per verba de praesenti” of ten overstaan van de dominee geldig konden trouwen, doch zij kwam voort uit de door de gecombineerde houding van parlementen en pastoors voor vele Protestanten ontstane feitelijke onmogelijkheid om zulks te doen. Zelfs al zouden de Protestanten dat recht formeel hebben gehad, na 1740 kenden de parlementen hun dat recht de facto niet toe.

Vanaf 1685 tot ongeveer 1700 waren de moeilijkheden voor de Protestanten niet bijzonder groot om een door de wet gegarandeerde „état civil” te verwerven. De meesten van hen veinsden eenvoudig een bekering tot het Katholieke geloof en trouwden voor de Katholieke pastoor. Op deze wijze ontlieden zij het risico - door een andere groep vooral in de provincies rond de Middellandse Zee wél genomen - dat een voor de dominee of consensueel gesloten huwelijk door de burgerlijke rechter zou worden nietig verklaard.¹³ Door de pastoors werd het deze „nouveaux convertis”, wier bekering overigens veelal door afval van het R.K. geloof werd gevolgd, in de eerste

¹⁰ Vgl. BEAUCHET, p. 658 vlg.

¹¹ Zie artikel 7; ISAMBERT, Tome XX, p. 316.

¹² Zie préambule van het edict van 1787, ISAMBERT, Tome XXVIII, p. 472.

¹³ Sommigen trouwden ergens in het buitenland, waar de Trentse vorm niet behoefde te worden in acht genomen. Hun huwelijken werden door de Franse parlementen als geldig erkend.

tijden na 1685 niet moeilijk gemaakt. De medewerking tot het sluiten van het huwelijk „in facie Ecclesiae” werd vrijwel steeds zonder onderzoek naar de oprechtheid der bekering verleend.

Vanaf ongeveer 1700 wordt de overgang tot de Kerk evenwel niet licht als serieus gemeend aanvaard. Een aantal bisschoppen achtte deze „profanatie van het huwelijkssacrament” ontoelaatbaar en schreef de pastoors voor de nieuwe bekeerlingen aan strenge „épreuves” te onderwerpen, teneinde er van verzekerd te zijn, dat de bekering niet was gesimuleerd.¹⁴ Voor vele Protestanten zat er daarom niet anders op dan te huwen „au désert”, d.w.z. in het geheim voor de dominee in de bossen en bergen.

Wat dachten de Franse parlementen van deze huwelijken?

Indien ze de eis zouden stellen van sluiting „in facie Ecclesiae”, dan zouden al die voor de Protestantse bedienaar, althans niet „praesente parcho”, voltrokken huwelijken als concubinaten moeten worden beschouwd. De Franse parlementen zijn evenwel voor die consequentie teruggeschrokken. Lange tijd zijn dergelijke huwelijken door de Franse magistratuur niet ongeldig verklaard. Men erkende ze als wettig door de Ordonnance de Blois op bevel des konings buiten toepassing te laten. Tot 1739 werd niet één nietigverklarend arrest gewezen.¹⁵ Zo bestond er, indien moet worden aangenomen, dat de bepalingen van de Ordonnance de Blois ook op de Protestanten van toepassing waren, voor deze een soort feitelijke, d.w.z. niet op de wet ge-gronde, „état civil”.

In 1739 komt er in die jurisprudentie een ommekeer. De rechtbank van Nîmes verklaart een door twee Protestanten „au désert” gesloten huwelijk ongeldig wegens clandestiniteit.¹⁶ Andere rechtbanken volgen en van toen af werden slechts de voor de Katholieke pastoor gesloten huwelijken erkend. Nu de Franse geestelijkheid de eis der „épreuves” stelde, bleef er voor de Protestanten weinig anders over dan te trouwen „au désert” en alle burgerrechtelijke en strafrechtelijke gevolgen van een dergelijk „concubinaat” te aanvaarden.

De positie der Protestanten was ook met betrekking tot de mogelijkheid van huwelijksluiting weinig rooskleurig geworden. Een niet onaanzienlijk deel der Fransen bevond zich thans zonder „état civil”.

¹⁴ DESFORGES, p. 195.

¹⁵ PLANIOL-RIPERT, Tome 1, no. 845, p. 307. In 1717 b.v. werden aan een uit een „au désert” gesloten huwelijk gesproten kind de gewone erfrechten toegekend.

¹⁶ PLANIOL-RIPERT, l.c.; DESFORGES, p. 207.

HOOFDSTUK IV.

DE CIVILISTISCHE CONTRACTSLEER.

§ 1. INHOUD DER DOCTRINE.

De auteurs van het „ancien régime” hebben zich druk beziggehouden met de vraag, welk gezag bevoegd was tot regeling van de huwelijksband. Behoorde deze bevoegdheid uitsluitend toe aan de Kerk, door Haar in feite reeds eeuwenlang uitgeoefend? Of kwam de bestuursmacht „quoad foedus matrimonii” mede aan de staat of uitsluitend aan deze toe?

De civilisten streefden er naar de staatsbevoegdheid uit te breiden over alle terreinen van het maatschappelijk leven, waarbij de staat belang had, niet in het minst met betrekking tot dat instituut, dat als de belangrijkste aller overeenkomsten gold.¹

Nu het Concilie van Trente geen receptie had vermogen te vinden in Frankrijk en de koning min of meer zelfstandig, zich dekkend achter de kerkelijke discipline, huwelijksordonnanties had vastgesteld, moest aan die koninklijke activiteit een theoretisch fundament van rechtmatigheid worden gegeven. Buiten twijfel moest komen staan, dat de koning tot het vaststellen van ongeldigmakende huwelijksbeletselen bevoegd was. Dit aan te tonen was noodzakelijk om in de voorwaarde van toestemming der ouders bij de huwelijken van minderjarigen en de eis van koninklijke bewilliging in de huwelijken van prinszen een essentieel geldigheidsvereiste te kunnen zien.

Om zover te kunnen geraken hadden de auteurs behoefte aan een karakterisering van het huwelijk, welke een leerstellige fundering kon leveren voor de aanspraken van de staat. Er was een conceptie nodig, welke in het huwelijk iets anders of iets meer zag dan een zaak, die - zuiver godsdienstig als zij was - uitsluitend en geheel onder de macht van de Kerk viel. Die idee, tot dan toe onbetwist aanvaard, moest ruimte maken, althans gedeeltelijk, voor die van het huwelijk als zaak van burgerlijke openbare orde, welke onder dat aspect tot de regelingsbevoegdheid van de vorsten moest worden gerekend.

Die juridische conceptie is gevonden.

In het voor het ontstaan van het huwelijk vereiste wilsackoord tussen man en vrouw, gericht op het „vinculum conjugale”, werd een overeenkomst, een contract, meer bepaald een burgerlijk contract gezien, niet enkel in abstracto, ratione, logisch onderscheiden, maar ook in concreto, reël gescheiden van het sacrament.

Door het door Jezus Christus aan het huwelijk toegevoegde sacramentele

¹ POTHIER, no. 11.

karakter wordt de contractuele aard van het huwelijk niet opgelost, niet veranderd. Ondanks het sacrament blijft het huwelijk als contract voortbestaan; het sacrament vooronderstelt de overeenkomst als „*praerequisitum fundamentum necessarium*”. Ten opzichte van deze overeenkomst nu, het „*contrat civil*”, de *causa* der burgerlijke gevolgen, is de vorst de natuurlijke wetgever. Want als contract behoort het huwelijk, als ieder ander contract, tot de „*ordre politique*”, zoals Pothier zegt. In zijn sacramenteel aspect is het huwelijk als object van kerkelijke regeling te beschouwen.

In dit hoofdstuk willen we zien, op welke wijze deze theorie door de belangrijkste auteurs werd voorgesteld en welke consequenties er uit werden getrokken. Als uitgangspunt nemen zij allen de zakelijke gescheidenheid van overeenkomst en sacrament.

De meeste civilistische schrijvers van het „*ancien régime*” willen echter de band tussen Kerk en staat niet volledig doorsnijden om een burgerlijk huwelijk in moderne zin, enkel afhankelijk van de staat, te creëren. Tot een puur burgerlijke opvatting van het huwelijk, burgerlijk ook in zijn wijze van totstandkoming, zijn zij niet gekomen. Hoe welgezind zij de staatsmacht ook zijn, toch maken zij het huwelijk niet los van de godsdienst. Want, - al komt de staat ook uitsluitende macht toe ten opzichte van de overeenkomst -, naar hun beschouwingen kan het huwelijk tussen Christenen ook „*in foro civili*” per se niet geldig bestaan, ook niet als overeenkomst, wanneer partijen het sacrament niet ontvangen.^{1a} Tot de tweede helft van de achttiende eeuw is dit algemene leer. Zij willen naast verdedigers ener uitgebreide vorstenmacht trouwe Katholieken blijven; een intentie, die hieruit blijkt, dat zij allen naarstig betogen, dat hun opvattingen niet strijden met Trente's dogma's. En zelfs schrijvers als Le Ridant, die tegen het einde van het „*ancien régime*” de theorie verkondigen, dat het sacrament geen wezenselement is van het huwelijk, proberen nog een oplossing te vinden voor de controverse tussen hun opvattingen en de leer van Trente (*De sacramento matrimonii*, canon 1, hiervóór p. 12; zie noot 15).

§ 2. DE OORSPRONG VAN HET REËLE ONDERSCHIED TUSSEN OVEREENKOMST EN SACRAMENT.

Het tragische voor de Kerk is dit, dat nòch de theorie van het zakelijk onderscheid tussen overeenkomst en sacrament nòch die, welke - uitgaande van dat onderscheid - bestuursbevoegdheid voor de staat opeist, aan het brein der burgerlijke auteurs is ontsproten. Het zijn de theologen der Kerk zelf, die eerder dan de burgerlijke schrijvers die theorieën hebben verkondigd. Zij hebben de bouwstoffen geleverd, die tot doctrinair fundament van de secularisatie van het huwelijk hebben gediend. Zo is de Kerk het „slachtoffer” geworden van de leer van Haar eigen theologen; deze werd aanvankelijk alleen door de auteurs, later door de staat zelf tegen Haar gekeerd. Reeds in de Middeleeuwen maken enkele theologen onderscheid tussen

^{1a} Vgl. VAN WELIE, no. 29, p. 42.

overeenkomst en sacrament, niet slechts in de orde der gedachten, maar reeel. Zij doen dit niet om daarop de macht van de staat tot regeling van de huwelijksband te gronden - daaromtrent bestaat geen kwestie, - maar zij moeten het onderscheid wel maken, omdat zij aan bepaalde verbintenissen tussen man en vrouw wegens het ontbreken van de „forma sacramenti” het sacramentele karakter ontzeggen, niet evenwel dat van een geldig huwelijk als „contractus”.

Werd in de Middeleeuwen algemeen geleerd, dat partijen de bedienaren zijn van het sacrament, GUILIELMUS PARISIENSIS († 1249) schijnt op die leer een uitzondering te hebben gemaakt:² als op het door partijen elkaar gegeven ja-woord niet de huwelijkszegen van de priester is gevolgd, ontstaat er zijns inziens wel een huwelijk als contract, niet echter een sacrament. Ook SCOTUS († 1308) maakt het onderscheid. Nu eens houdt hij voor zeker, dan weer verkondigt hij als wellicht mogelijk, dat datgene wat als „signum sensibile” van het contract („actus voluntatum concordans in translatione mutua corporum”) voldoende is, niet is een voldoende „signum sensibile institutum a Deo ad significandam efficacem gratiam tunc collatam”. Voor de totstandkoming van de overeenkomst is iedere wijze van uiting van de „consensus” voldoende, ook wanneer hij zonder woorden, mits maar op andere wijze voor de wederpartij duidelijk kenbaar wordt gegeven. Hij vraagt zich echter af, of Christus als „forma sacramenti” niet een bepaald teken heeft voorgeschreven, niet „magis determinavit. . . quam ex impositione humana determinetur signum efficiens ad contractum”. En bepaaldelijk is de vraag, of voor de toediening van het sacrament niet is vereist, dat de toestemming tot het huwelijk door partijen mondeling - al of niet door bepaalde woorden - wordt gegeven. Als dat zo is - hetgeen hij nu eens als zeker beweert,³ dan weer slechts bij wijze van hypothese voorstelt⁴ -, dan zullen doofstommen niet het huwelijks sacrament kunnen ontvangen. Dan kan ook het per brief gesloten huwelijk niet als een huwelijks sacrament worden aangemerkt. Waar echter voor de totstandkoming van het contract geen bepaalde vorm is vereist, kunnen er z.i. wel huwelijkscontracten („contractus ad matrimonium”) bestaan, zonder dat ze tevens sacrament zijn. Dat dit mogelijk is mag z.i. geen verwondering wekken, omdat zulks ook vóór het Evangelie het geval was.⁵

² Zie hieromtrent PERRONE, Tome I, p. 48 vlg., BENEDICTUS XIV, De Synodo dioecessana, Liber VIII, cap. XIII, nos 1-2, JOYCE, p. 188-189.

³ JOHANNES DUNS SCOTUS, Opera, ed. CAVELLUS-WADDING, Lugduni, 1639, tom. XI, Reportata Parisiensia, Lib. IV, d. 28, q. unica, schol. 2, no. 23 „Ad sacramentum autem matrimonii requiritur signum sensibile determinatum, ut audibile, et certa verba, quia sine certis verbis non est sacramentum matrimonii, licet possit esse contractus ad matrimonium sine verbis certis”.

⁴ Opera Omnia, Lugduni 1639, tom. XI, Opus Oxoniense, in Lib. IV, Sent., dist. 26, q. unica, schol., no. 14

⁵ Lib. IV, Sent., dist. 26, q. unica, schol., no. 14 „Nec istud est absurdum, quia possibile est, quod usque ad legem Evangelicam frequenter contrahebatur, ubi tamen numquam fuit Sacramentum, ut hic loquimur, scilicet proprie”

De commentator van Scotus' Opera, ed. Parisius 1894, ANTONIUS HIQUAEUS, is van oordeel, dat Scotus' mening wel was, dat overeenkomst en sacrament identiek zijn, dat wat voor de totstandkoming van het contract voldoende is, ook voldoende is voor het sacrament. Met betrekking tot St. THOMAS, IV, Sent., d. 1, q. 1, art. 3, 5, merkt HIQUAEUS op, dat (ook) THOMAS schijnt te ontkennen, dat het sacrament alleen door een door „natus” gegeven huwelijks toestemming kan worden ontvangen.

In de 16e eeuw maakt MELCHIOR CANO dezelfde onderscheiding. Hij had ze nodig voor verdediging van zijn standpunt, dat het sacrament tot stand komt door een uitwendige ritus, de huwelijkszegen, gegeven door de priester, bedienaar van het sacrament.⁶ De huwelijksvereenkomst, gesloten door de woorden van beide partijen, vormt de materia van het sacrament. Cano zelf heeft uit het door hem gemaakt onderscheid echter niet die consequentie getrokken, welke de Gallicaanse civilisten, juist met een beroep op hem, zullen trekken.

Deze zullen - nu het onderscheid eenmaal was gemaakt - vooral in een tijd van hersteld staatsgezag, waarin de studie van het Romeinse recht de macht der Romeinse keizers ook ten opzichte van het huwelijk in herinnering brengt, de voorstelling van Cano gaarne gebruiken ter adstructie hunner doctrine, dat de Koning alléén of mede dirimerende beletselen kan maken. Dit zullen zij te gemakkelijker doen, daar de Kerk zich over het verband tussen overeenkomst en sacrament niet dogmatisch uitliet, noch met zoveel woorden leerde, dat Zij alleen de bestuursmacht bezat met betrekking tot de huwelijken van gedoopten. Want noch het een noch het ander is te Trente geschied.

Tijdens het Concilie van Trente werd de onderscheiding tussen overeenkomst en sacrament voorgedragen in verband met de lang gekoesterde wens de clandestiene huwelijken met nietigheid te treffen. Het Concilie moest een ingrijpende maatregel nemen, wilde het die vormloze huwelijken, tot dan toe door de meeste theologen ook sacramenteel als geldig beschouwd, voor de toekomst onmogelijk maken. De vraag, die de Vaders zich stelden, was deze: is de Kerk daartoe bevoegd; mag Zij een essentiële, publieke vorm voorschrijven; voegt Zij dan aan het huwelijk niet iets toe, wat Jezus Christus niet als wezenlijk bestanddeel van het sacrament heeft gevestigd?⁷ Hier scheen de onderscheiding overeenkomst-sacrament uitkomst te kunnen brengen: mocht men omtrent het sacrament geen nadere bepalingen geven, ten opzichte van het daarvan onderscheiden contract mocht men het wel. Verklaarde de Kerk de overeenkomst nietig, dan trof Zij immers niet het

⁶ CANUS' mening omtrent de forma sacramenti in zijn *De locis theologicis*, Liber VIII, cap. V, *Opera Omnia*, Venetis, 1759, p. 192 vlg. CANUS ontkent ook, dat een huwelijk „inter absentes“ (per procuratorem) gesloten, een sacrament is, een contract is het z i wel. Hij verdedigt zich tegen degenen, die hem ketter noemen aldus „Als SCOTUS en CAJETANUS mogen zeggen, dat het huwelijk zonder mondelinge toestemming gesloten geen sacrament is, dwingt ons dan het geloof om het burgerlijk en profane huwelijk, op de manier van Joden, Saracenen en heidenen, zonder heilige ceremonies en zonder de „Ecclesiae minister“ gesloten, als een echt sacrament te belijden?“. Al is het huwelijk een sacrament, daarom zijn we nog niet gedwongen ieder „coniugium“ als sacrament te vereren, „sed id quod formam sacram habeat et a vero Ecclesiae ministro consecratum sit“ En hij beroept zich op SCOTUS „Alioqui, si quodlibet fidelium coniugium theologis necessario sacramentum est, quis Scotum tuebitur, qui coniugia quae solis nubibus contrahuntur, negat esse sacramenta?“ Zie m b t. CANUS' leer ook GENEVIEVE SERRIER, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrament*, Paris, 1928, p. 228 vlg.

⁷ THEINER, Tom II, p. 243, ANTONIUS DE GRAGNANO „resp ecclesiam non posse irritare matrimonia clandestina . Ecclesia enim non potest irritare verum sacramentum, in quo possunt concurrere omnia necessaria ad sacramentum, quae sunt consensus, et verba uti forma, corpora eorum uti materia, ministri ipsi contrahentes“, p. 324 LARINENSIS, p. 326 CLUSINUS, p. 344 LACIANENSIS

sacrament. Zo stelden een aantal theologen van Trente het zich voor.⁸ Voor ons onderwerp is van belang de vraag, hoe de Vaders zich het verband tussen overeenkomst en sacrament hebben gedacht. Waren die naar hun oordeel onscheidbaar, één, identiek, ofwel onafhankelijk van elkander, ook zakelijk en naar tijd te scheiden? Beide meningen werden verdedigd. Sommigen eisen op het voetspoor van Cano de „benedictio nuptialis” voor de toediening van het sacrament.⁹ Anderen weer spreken zich over de kwestie van de bedienaar van het sacrament van het huwelijk niet uit, al schijnen zij wel de mening te zijn toegedaan, dat de overeenkomst aan het sacrament voorafgaat.¹⁰

Het merendeel der Vaders houdt het echter bij de traditionele leer der identiteit.¹¹

Het hoogste kerkelijke gezag zou eerst in de 19e eeuw definitief uitspraak doen.¹²

§ 3. DE LEER DER EXCLUSIEVE MACHT VAN DE KERK TOT REGELING VAN HET HUWELIJK.

In de zestiende eeuw wordt in Frankrijk door de theorie nog geen rechtsmacht nopens de huwelijksband voor de staat opgeëist. Die mogelijke consequentie van de opvatting van het zakelijke onderscheid werd toen nog niet getrokken.

Wel zijn er enkele buitenlandse theologen, die rehtens de bevoegdheid van de vorst in deze niet willen ontkennen. Petrus de Soto en Ambrosius Catharinus, die beiden aan de beraadslagingen van de kerkvergadering van Trente hadden deelgenomen, en Sanchez behoren tot hen. Doch zij staan alléén, terwijl volgens de theorie van Sanchez, die overigens het standpunt inneemt der identiteit van overeenkomst en sacrament, in de praktijk van die rechtsmacht niets terechtkomt, omdat zij niet mag worden uitgeoefend, als de Kerk zich de regeling van het Christelijk huwelijk heeft voorbehouden.¹³ Deze auteurs zijn slechts in zoverre van belang te achten, dat anderen zich

⁸ THEINER, Tom II, p. 239 DIDACUS DE PAYVA, p. 317 BRACHARENSIS „non enim tangimus sacramentum, sed pactum . . .”, p. 320 BRUGNATENSIS „ita tangemus contractum matrimonii, non autem sacramentum. Dicatur ergo quod contractus matrimonii fiat coram parochio, alioquin sit nullum”, p. 319 SAGIENSIS, p. 320 CLODIENSIS.

⁹ THEINER, Tom. II, p. 321 SEGOBIENSIS, p. 236-237 SIMON VIGOR, p. 322 CALAMONENSIS.

¹⁰ THEINER, Tom II, p. 320 CLODIENSIS, p. 326 ALMERIENSIS, p. 328 CIVITATENSIS.

¹¹ SERRIER, p. 218, THEINER, Tom II, p. 360 en p. 329-330 „... contractus non sit absque sacramento, nec sacramentum absque contractu, et sicut ecclesia non potest irritare sacramentum. Contractus enim non praecedat sacramentum tempore, sed ratione tantum”.

¹² Zie hierna, Deel II, Hoofdstuk I, p. 149 vlg.

¹³ THOMAS SANCHEZ, Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomus tres, Antverpiae, 1620, Tomus II, Liber VII, Disputatio III, no. 2, p. 10 „Caeterum absque dubio dicendum est, posse Principem saecularem ex genere & natura suae potestatis, matrimonij impedimenta dirimentia fidelibus sibi subditis, ex justa causa suis legibus indicare, eo pacto quo id Pontifex Summus potest, nisi sibi hanc potestatem reservasset” „Nec obstat Principis secularis potestati, matrimonium esse Sacramentum. Quia eius materia est contractus civilis, qua ratione perinde potest illud ex causa iusta irritare, ac si Sacramentum non esset reddendo personas inhabiles ad contrahendum, & sic illegitimum & invalidum contractum. Si enim nudam Sacramenti rationem attendamus, nec Pontifex circa illud disponere posset, illud dissolvens. eiusque potestas ex

in de zeventiende en achttiende eeuw op hen zullen beroepen.

De zestiende eeuw betekent eigenlijk een voortzetting der middeleeuwse theorie: de Kerk regele het contract-sacrament, de staat oefene zijn gezag uit over de „mere civiles effectus”. Deze eeuw kent de kwestie nog niet van de staatsmacht ten opzichte van het huwelijk. Men houdt het er nog steeds voor, dat alleen de Kerk de huwelijksband heeft te regelen. Als de koning zich in feite toch met die band inlaat, zoals, naar we zagen, in de Ordonnance de Blois, dan zal men van Gallicaanse zijde ter verdediging van de koninklijke wetgeving geen beroep doen op eigen rechten van de koning, doch die wetgeving voorstellen als een receptie van de discipline van Trente, terwijl de bewoordingen „non valablement contractés” worden uitgelegd als betrekking hebbend op de burgerlijke gevolgen.¹⁴ Ter verantwoording van een zelfstandig handelen van de wetgever heeft men dan blijkbaar nog geen argumenten kunnen of durven aanvoeren. Overeenkomst en sacrament vormen naar algemene opvatting een eenheid. De idee van het huwelijk als een zaak van zuiver godsdienstige aard blijft heersen; de opvatting van de exclusieve bestuursmacht van de Kerk sloot daarbij vanzelf ten nauwste aan. Het Concilie van Trente twijfelde zeker niet aan eigen regelingsbevoegdheid. Dogmatisch wordt in canon 4 (hiervóór p. 12 noot 16) met zoveel woorden vastgelegd, dat de Kerk ongeldigmakende beletselen mag vaststellen, al ontbreekt de mededeling, dat de Kerk met uitsluiting van de staat daartoe de macht heeft. Dit kerkelijke zwijgen mag naar ons gevoelen niet zo worden opgevat, dat die exclusiviteit dubieus werd geacht. Eerder valt het zwijgen aldus te verklaren, dat hierin geen probleem werd gezien. Van burgerlijke zijde werd de uitsluitende competentie der Kerk, reeds eeuwenlang uitgeoefend, zonder meer als feitelijkheid aanvaard: de Franse koning wendde zich tot de vergadering van Trente, de Kerk dus, teneinde de nietigverklaring der clandestiene huwelijken te verkrijgen. Canon 4 was tegen de hervormers gericht, die de bevoegdheid van de overheid tot vestiging van ongeldigmakende beletselen verwierpen; maar er bestond geen twijfel, noch bij het

ratione contractus humani, qui est materia huius Sacramenti, consurgit” (zie ook Tomus II, Liber VII, disp I, no 2, p 5)

no 3, p 10 „Potest nihilominus Ecclesia Principibus fidelibus huius potestatis usum interdicere, sibi que reservare, qua id effeciente, irritae erunt leges Principis saecularis contra eam reservationem, matrim impedientes dirimentesve Quoniam potestas temporalis est subiecta spirituali, ipsique subordinata in ordine ad finem spirituale, & supernaturalem ac proinde poterit potestas spiritualis temporalem moderari, ac coercere in ijs que rebus spiritualibus coniuncta sunt, quale est matrim quod hodie est Sacramentum, poteritque illi limites praescribere, quos transgredi valide nequeat

Dat Sanchez zich stelt op het standpunt van de identiteit van overeenkomst en sacrament blijkt wel uit Tomus I, Liber II, Disp XI, no 27, p 128 „ quia matrim. ut contractus, & ut sacramentum, est idem numero, & realiter, & tantum differt penes diversos respectus, quia ut respicit vinculum contrahentium, dicitur contractus ut autem elevatur a Deo ad repraesentandum unionem Christi cum Ecclesia, dicitur Sacramentum ergo utroque modo debet habere eandem materiam, & formam, & causas agentes & proinde si potest, ut contractus celebrari per procuratorem, poterit etiam ut sacramentum”, vgl LAUNOY, Regia in matrimonium potestas, p 26 en p. 34, JOYCE, p 191, DE SMET, no 415, p 359, noot 1

¹⁴ vgl PITHOU's antwoord aan Paus GREGORIUS XIII naar aanleiding van diens bezwaren tegen de Ordonnance de Blois, in Divers opusculs tires des mémoires de Loisel, auxquels sont joints quelques ouvrages de MM. Baptiste du Mesnil, Pierre Pithou, p 343-352, bij BASDEVANT p 65-66.

Concilie, nòch bij de Katholieke vorsten, nòch bij de Katholieke auteurs, dat, als een menselijke overheid het mocht, dit het Kerkelijk gezag zou zijn. De Kerk oordeelde zich competent ook het huwelijkscontract in haar wetgeving te betrekken. Zij verklaarde in caput 1 van „Tametsi” partijen onbekwaam tot het aangaan van clandestiene huwelijken en bepaalde: „hujusmodi contractus irritos et nullos esse”. Dat het huwelijk ook naar de mening der Kerk een overeenkomst was, deed aan haar bevoegdheid derhalve niets af. De Kerk was trouwens ook van de exclusiviteit van haar bestuursmacht overtuigd. Dit blijkt wel uit „Tametsi”, waar het bestaan van een dirimerend beletsel (ontbreken van de toestemming der ouders) enkel en alleen van de Kerk afhankelijk wordt gemaakt: „Tametsi dubitandum non est clandestina matrimonia . . . rata et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit. . . .” (De reformatione matrimonii, caput 1).

Niet anders is het oordeel der Vaders, ook van diegenen, die de zakelijke gescheidenheid van contract en sacrament aanvaardden. Ook naar hun mening zal men op grond van het contractuele karakter van het huwelijk geen effectieve rechtsmacht voor de staat kunnen opeisen. Al ontkennen zij veelal rechtens de macht van de staat niet ten opzichte van het huwelijkscontract, toch zal, wanneer het gaat over huwelijken tussen gedoopten, die staatsmacht voor die van de Kerk moeten wijken.

De een stelt het zo voor, dat het huwelijk in een niet-Christelijke staat een wereldlijke, doch het huwelijk van gedoopten „ratione sacramenti” een kerkelijke overeenkomst is.¹⁵ Doch zelfs, al zou moeten worden toegegeven, dat de contractuele aard van het Christelijk huwelijk dit tot een object van burgerlijke regeling maakt, dan gaat de bevoegdheid van de Kerk boven die van de staat uit. De macht van de Kerk is van hogere orde, omdat deze haar macht heeft van Christus, aan Wie alle macht werd gegeven. Krachtens deze superieure bevoegdheid nu kan de staat de zijne niet uitoefenen, als de Kerk zulks heeft verboden.¹⁶ Meerderen zijn de mening toegedaan, dat, als de staat competent is, hetgeen niet kan worden ontkend, de Kerk deze bevoegdheid a fortiori heeft.¹⁷

Dat de kerkelijke competentie op deze wijze wordt verantwoord, heeft o.i. echter niet, althans niet primair, tot strekking het betoog te leveren, dat de Kerk wèl, doch de staat niet tot regeling der overeenkomst bevoegd is. Hieromtrent bestond, naar wij zagen, geen kwestie. Veeleer bedoelde men met de opgestelde redenering aan te tonen, dat een menselijke macht - de staat, doch t.o.v. het Christelijke huwelijk a fortiori of door voorbehoud van bevoegdheid dan wel op grond van de religieuze aard van het contract: de Kerk - regelend kon optreden.

Al die voorstellingswijzen toch zijn bepaaldelijk naar voren gebracht bij het bespreken en tot het oplossen van de moeilijkheid, of men wel een

¹⁵ THEINER, Tom. II, p. 323 LERIENSIS.

¹⁶ THEINER, Tom. II, p. 241 FERDINANDUS BELLOSILLO.

¹⁷ THEINER, Tom. II, p. 324 METENSIS; p. 322 MUTINENSIS; p. 326 LUGIONENSIS; p. 330 COLUMBRIENSIS.

essentiële huwelijksvorm mocht voorschrijven, welke Christus niet had ingesteld.

§ 4. DE LEER VAN DE EXCLUSIEVE STAATSMACHT TOT VASTSTELLING VAN ONGELDIGMAKENDE BELETSELEN.

In verband met onze beschouwing over de contracttheorie moet melding worden gemaakt van het in 1617-1620 te Londen verschenen werk van de apostaat MARCUS ANTONIUS DE DOMINIS, voormalig aartsbisschop van Spalato.¹⁸ Al kan De Dominis in die tijd - daar hij tot het Anglicanisme is overgegaan - niet meer doorgaan voor Katholiek theoloog, toch is een korte beschouwing van zijn huwelijksleer hier zeker op haar plaats, omdat deze tot in de negentiende eeuw ook door Katholieke auteurs in een of andere versie zal worden nagezegd. Van Launoy, wiens werk wij hierna nog zullen bespreken, wordt zelfs gezegd, dat hij de hoofdgedachte van zijn boek aan De Dominis heeft ontleend.¹⁹

Voor de Anglicaan De Dominis is het huwelijk geen sacrament meer in de eigenlijke zin.²⁰ Hij wil de sacramentaliteit er van evenwel bij wijze van hypothese aannemen. Doch ook dan zal men zijns inziens de bevoegdheid van de staat tot regeling van de huwelijksband moeten erkennen.

In zijn pleidooi voor de staatsmacht neemt hij als uitgangspunt zijner theorie de scheiding aan tussen sacrament en overeenkomst. Volgens zijn hypothese wordt het tussen Christenen gesloten huwelijk een sacrament, doordat het sacramentele element, deze „supernaturalis conditio”, zich voegt bij het als burgerlijke overeenkomst reeds volkomen tot stand gebracht huwelijk.²¹ De Dominis stelt zich nog wel op het standpunt, dat de overeenkomst als materia fungeert van het sacrament,²² maar dit sacrament kan dan pas tot stand komen, als eerst het contract zich volkomen gaaf heeft geconstitueerd. Het sacrament wordt aan die zakelijk er van gescheiden overeenkomst, die menselijk is en burgerlijk, medegedeeld.

Naar zijn inzicht houden de beletselen, die het sluiten van het huwelijk

¹⁸ De Republica ecclesiastica libri X, Auctore MARCO ANTONIO DE DOMINIS, Archiepiscopo Spalatensi cum suis indicibus, Londini, 1617-1620, 2 vol. In het tweede deel, uitgegeven in 1620, Liber 5, cap. XI, p. 429 vlg., tot opschrift dragende „Matrimonii vinculum, & causas, a propria potestate Ecclesiastica non pendere” behandelt hij onder de nos XXII-XXIII de vraag, wie het huwelijk heeft te regelen, ook al zou het een sacrament zijn.

¹⁹ CLEMENS, p. 164.

²⁰ Pars 2, Lib. 5, C. XI, no. XXIV, p. 439 „Sacramentum tamen in matrimonio nullum verum, & proprie dictum, possum invenire”.

²¹ Pars 2, Lib. 5, C. XI, no. XXII, p. 438 „Admittamus, quaeso, tantisper, id quod falsum esse paulo post docebo, Matrimonium Christianorum fieri verum, & proprie dictum Sacramentum, cum supernaturalis haec conditio & ratio Sacramenti superveniat matrimonio iam plene, & perfecte in esse civilis contractus constituto, & Sacramentum matrimonii esse non possit, nisi prius sit integer & perfectus humanus contractus, quid ergo Ecclesia habeat negotii in cognitione validitatis, vel invaliditatis matrimonii, in materia divortii, & separabilitatis matrimonii, in legitimitate vel illegitimitate prolis, in impedimentis sive impedientibus, sive etiam dirimentibus matrimonium?”.

²² Pars, 2, Lib. 5, C. XI, no. L, p. 450 „Si igitur matrimonium esset verum Sacramentum, materia ipsius esset actio per quam coniuges inter se contrahunt, sive per verba, sive per litteras, sive per nutus, sive alio modo”.

verbieden of de echtverbintenis ongeldig maken, geen verband met het sacramentele element van het huwelijk, doch hebben uiteraard slechts betrekking op het huwelijk als burgerlijke overeenkomst. Het sacrament vooronderstelt, vóórdat het „er bij komt”, een wettig, geldig burgerlijk huwelijkscontract, waaronder verstaan moet worden een overeenkomst met inachtneming der burgerlijke geldigheidsvoorschriften gesloten.

Tot bewijs, dat alleen de staat bevoegd is tot regeling van het huwelijkscontract, trekt hij een parallel tussen het huwelijks sacrament en het sacrament van het doopsel. Zoals het sacrament van het doopsel echt, natuurlijk water vooronderstelt, zo vooronderstelt het huwelijks sacrament een reeds tot stand gekomen geldig contract. Dit contract staat in dezelfde betrekking tot het huwelijks sacrament, als het water in betrekking staat tot het doopsel.²³ Zo min nu bovennatuurlijke, kerkelijke normen gelden bij het onderzoek, of in casu sprake is van echt, natuurlijk water en daarom ook dat onderzoek niet dient te geschieden door de Kerk, even weinig moet aan de hand van kerkelijke beginselen en derhalve ook even weinig door de Kerk worden uitgemaakt, of het huwelijkscontract bestaat. Gelijk bij het onderzoek naar de aard van het water van natuurlijke, menselijke criteria moet worden uitgegaan en dat onderzoek gedaan moet worden door de profane wetenschap, zo moet het huwelijkscontract op zijn geldigheid getoetst worden aan de hand van menselijke, burgerlijke voorschriften.

De kerkelijke competentie strekt zich slechts uit over het huwelijk als sacrament en zijn bovennatuurlijke uitwerkingen. Haar bevoegdheid betreft de huwelijken „non quoad esse sed quoad usum, ut gratiam acquirant et effectus supernaturales obtineant”. Doch het huwelijk op zich „quoad suum esse” en „in conservari” valt onder de bestuursmacht van de staat. Daarom zal, als de overeenkomst niet tot stand komt, ook het sacrament niet worden toegediend: zo dikwijls de burgerlijke wet het menselijke huwelijkscontract nietig verklaart, zo vaak zal ook logischerwijze en middellijk het sacrament nietig zijn.²⁴

²³ Ten antwoord op de in noot 21 (p. 50) aangehaalde vraag zegt DE DOMINIS verder: „Vis profecto Sacramenti in his nihil operatur, neque ex vi Sacramenti sunt illa cognoscenda, sed ex vi civilis contractus, quem iam factum, & legitimum, & in suo esse undequaque perfectum supponit, antequam superveniat, Sacramentum, si quod tamen supervenit” „Sicut Sacramentum baptismi supponit aquam veram, & in perfecto esse naturali constitutam, antequam ad baptismum adhibeatur”.

²⁴ Pars 2, Lib. 5, C. XI, no XXII, p. 438: „Cognoscere autem veram aquam... non est Ecclesiae, sed naturae et artis, non enim ex principis propriis Ecclesiasticis supernaturalibus, . . . natura aquae. . . potest indigari, sed ex aliis principis naturalibus & humanis Ad Ecclesiam ergo spectabit cognitio matrimonii, ut est Sacramentum, & effectum ipsius supernaturalium, si quos habet, sicut facit in baptismo. . .”. „Et sicut Sacramentum baptismi nihil confert aquae, in esse perfecto aquae . . ., sic neque sacramentum matrimonii quicquam conferet contractui inter masculum & foeminam, qui contractus est iam plenum & absolutum matrimonium in esse matrimonii, hoc est contractus humani”. no XXIII, p. 438-439. „Respondeo sicut aqua . . . non quoad (ipsius) esse, sed quoad usum tantummodo adhibita in (Sacramento) (transit) in ius Ecclesiae, sic etiam matrimonia, non quoad esse, sed quoad usum, ut gratiam acquirant, & effectus supernaturales obtineant, si matrimonium est Sacramentum, in ius Ecclesiae transire, sed quoad suum esse, in fieri nimirum, in esse & in conservari, a iure humano civili perpetuo pendere, & quoties ius civile destruit contractum hunc humanum coniugii, ex causa legitima, tunc consequenter & indirecte destruit etiam Sacramentum”.

Voor De Dominis is het sacrament een „accessorium”, dat komt bij het naar wezen reeds als burgerlijk contract bestaande huwelijk en in partijen zekere bovennatuurlijke gevolgen effectueert.

Als eerste Franse theoloog, die in Frankrijk op grond van de theorie der zakelijke gescheidenheid van overeenkomst en sacrament de burgerlijke bestuursbevoegdheid „quoad foedus” verdedigde, wordt genoemd J. HENNEQUIN. Hij doceerde in de eerste helft van de zeventiende eeuw theologie aan de Sorbonne. In de kwestie van het huwelijk van Gaston d'Orléans heeft hij het Franse gouvernement van raad gediend en getuigd, dat de koning een eigen recht had om voor te schrijven, dat voor de geldigheid van de huwelijken der prinsen van den bloede de toestemming van de koning vereist was.²⁵

Hij vergelijkt het karakter van het huwelijk van vóór Christus' komst met het wezen van het door Jezus Christus tot Sacrament van het Nieuwe Verbond verheven huwelijk van gedoopten. Het enige onderscheid tussen beide bestaat hierin, dat het eerste uiteraard géén, het tweede soort huwelijk wél het sacramenteel aspect heeft, doch dat zij voor het overige in geen opzicht van elkaar verschillen. Het enige, wat Christus gedaan heeft, is op het als „fundamentum”, als „truncus”, als „materiale” fungerende vóór-Christelijke, oud-Testamentische huwelijk het sacrament te enten. Daardoor heeft Christus dat oude karakter en wezen ongewijzigd gelaten. Dit blijft ondanks de waardigheid van sacrament, die „er bij” is gekomen, onveranderd, hetzelfde als het oudtijds was. Vóór de komst van de Messias nu gold het huwelijk als een gewone burgerlijke overeenkomst. Doch ook na de toevoeging van de sacramentele waardigheid blijft het als een gewoon burgerlijk contract intact. Contract en sacrament smelten niet samen tot een éénheid, zijn niet identiek, maar blijven als stam en tak als „principale” en „accessorium”, wel verbonden maar toch gescheiden bestaan. Die gescheidenheid nu garandeert de staat zeggenschap ook t.o.v. de huwelijksband: „potest publica, civilis et saecularis potestas impedimenta prohibentia et dirimentia apponere contractui civili, seu matrimonio”, al naar gelang de omstandigheden het vragen en zoals het door het staatsbelang wordt geeist. De sacramentaliteit van het huwelijk staat aan die burgerlijke regeling niet in de weg, want het huwelijk is ook naar wezen een als „principale”, „fundamentum” van het sacrament zakelijk gescheiden „contractus civilis, qua parte et ratione est directe et immediate fori ac tribunalis politici”.²⁶

²⁵ Vgl. POTHIER, no 343 KARDINAAL DE RICHELIEU had terzake HENNEQUIN's advies ingewonnen. HENNEQUIN gaf ten antwoord „Le mariage est bon que le roi porte une loi qui fasse un empêchement dirimant du défaut de son consentement, et de tels mariages seront nuls”.

²⁶ Hennequin's mening wordt ons verhaald door LAUNOY, Regia in matrimonium potestas, p. 14 vlg en door POTHIER, no. 14 „Christus matrimonium instituendo sacramentum, nihil in illo ut contractu civili immutavit, sed tantum illi, ut praerequisito fundamento necessario imposuit truncum inseruit, principali annexuit, materiali affixit naturam et dignitatem sacramenti, ita ut matrimonium contractum civilem reliquerit huiusmodi post, cuiusmodi erat ante suam institutionem et elevationem in sacramentum ut ante elevationem subieciatur, ita et post sui elevationem, saltem priusquam habeat sibi impositam naturam et dignitatem sacramenti, seu revera sit inter baptizatos initum tamquam sacramentum, subicitur potestati publicae saeculari prohibendum ac dirimendum, seu impediendum ne valide et licite inestur, tum quia propter omni-

Hennequin zegt niet met evenzoveel woorden, dat, nu de Kerk geen exclusieve competentie heeft, die exclusiviteit de staat toekomt, maar dit lijkt ons wel zijn mening te zijn.

Duidelijker, wat dit punt betreft althans, is zijn leerling J. LAUNOY, een Parijs theoloog. Deze heeft de theorie van zijn leermeester Hennequin in een lijvig boek nader uitgewerkt.²⁷

In het eerste deel daarvan wil hij op theologische en historische gronden aantonen, dat de wereldlijke overheid krachtens eigen recht en niet dank zij goedkeuring van de Kerk ongeldigmakende huwelijksbeletselen mag vaststellen. Hij tracht met een overvloed van citaten uit theologische verhandelingen te bewijzen, dat de theologen van alle tijden en van overal praktisch unaniem die mening zijn toegedaan.

De geschiedenis levert voor Launoy het overtuigend argument voor zijn stelling, dat de Kerk nòch aan de staat zijn recht tot vaststelling van ongeldigmakende beletselen heeft ontnomen, nòch zich dat recht heeft voorbehouden.²⁸

Voor goed begrip moet onmiddellijk worden vooropgesteld, dat Launoy, zoals nagenoeg alle civilistische auteurs van het „ancien régime” - hoever ook de macht van de vorst zich naar hun opvattingen uitstrekt - voor het wezen van het huwelijk vasthoudt aan de sacramentaliteit, zonder welke geen huwelijk bestaat: „In matrimonio spectari duo... unum... civilis contractus... Alterum... sacramenti ratio”.²⁹ Hij kon ook niet anders beweren, wilde hij althans het Trentse „anathema” ontgaan;³⁰ bovendien had hij geen behoefte aan een volkomen secularisatie van het huwelijk. Het was hem er slechts om te doen de eigen macht van de vorst om dirimerende beletselen vast te stellen te verdedigen.

modum humanae superioritatis, jurisdictionis, inferioritatis, subjectionis ecclesiasticae, spiritualis, et secularis corporalis diversitatem ac distinctionem”

„Saepius in scripturis inculcatam possunt principes laici independenter ab auctoritate et approbatione principum ecclesiasticorum, pro varietate locorum, temporum, personarum in suo republicae saecularis regimine seculari connaturaliter et relative ad suum finem et scopum ferre leges civiles, id est ad pacem et tranquillitatem et bonum republicae pertinentes, quibus ut alios contractus civiles, ita matrimonium contractum civilem. . . prohibeant et dirimant”.

²⁷ JOANNIS LAUNOII Constantiensis, Parisiensis theologi, Regia in matrimonium potestas vel tractatus de jure saecularium principum christianorum in faciendis impedimentis matrimonium dirimentibus, Parisius, 1674. Het werk is in drie delen verdeeld. Het eerste deel handelt over het recht van de wereldlijke vorsten dirimerende huwelijksbeletselen vast te stellen. In articulus I van dat deel geeft hij een uitvoerig overzicht van de meningen der theologen, die de vorsten dat recht toekennen. Art. II is bedoeld ten bewijze, dat de Kerk van de vorst dat recht niet heeft afgenomen noch zich dat recht heeft voorbehouden. In art. III wil LAUNOY aantonen, dat de belangrijkste dirimerende beletselen juist door de wereldlijke vorsten zijn vastgesteld, terwijl hij er in art. IV op wijst, dat de Kerk er overigens niet wel bij vaart, als zij de wereldlijke vorst zijn recht ontnemt. Het tweede deel van zijn verhandeling heeft speciaal betrekking op Frankrijk. Hij behandelt daarin o.m. de kwestie van het huwelijk van de hertog van Orleans (p. 426 vlg.), hij doet het voorkomen, als zouden de Franse koningen tot in de jongste tijd hun bestruismacht aangaande de huwelijksband hebben uitgeoefend.

²⁸ p. 86 vlg.

²⁹ p. 49, vooral ook Pars I, Art. IV, Cap. II, p. 268-273 en Cap. III, Assertio secunda, p. 274: „Saecularis potestas a spirituali pender quoad ministerium Sacramenti Matrimonii, qua Sacramentum est”.

³⁰ Concilie van Trente, 24e zitting, De sacramento matrimonii, canon 1, vgl. hiervóór p. 12. noot 15.

De zakelijke gescheidenheid van overeenkomst en sacrament geldt ook voor hem als uitgangspunt zijner theorie.

Het éne huwelijk is èn overeenkomst èn sacrament.

Alle overeenkomsten hebben deze gemeenschappelijke kant, dat zij beogen de behartiging van het bonum commune van de staat. Daarvan is het huwelijk niet uitgezonderd; integendeel.³¹ In wezen bestaat tussen huwelijkscontract en bijvoorbeeld dat van koop en verkoop geen verschil. Hetzelfde gezag nu, dat van nature de aangewezen instantie is tot uitvaardiging van wetten over het koopcontract, is ook geroepen tot regeling der huwelijks-overeenkomst.³² De staat derhalve en deze alléén mag regelend optreden ten aanzien van deze overeenkomst.

En als men hem eventueel zou willen tegenwerpen, dat het huwelijk toch niet een gewoon contract is, daar het door Christus tot sacrament is verheven, zal hij met Hennequin antwoorden, dat dit geen verschil maakt. Want overeenkomst en sacrament zijn niet één en hetzelfde, doch tegen het burgerlijk huwelijkscontract wordt het sacrament „aangeleund”. Aan de overeenkomst voegt zich het sacramentele huwelijksbestanddeel toe, maar daardoor wordt de overeenkomst niet ongedaan gemaakt, noch gewijzigd.³³ Tussen het Oud-Testamentische en het Christelijke huwelijk bestaat in dit opzicht generlei verschil. De huwelijksvereenkomst toch wordt als zodanig door de „ratio sacramenti” voorondersteld als een „materia idonea”. En om die geschiktheid te bezitten moet het eerst geldig zijn tot stand gekomen. Er zou dus van een prioriteit van het contract ten opzichte van het sacrament kunnen worden gesproken.³⁴

Naar welke maatstaven moet echter de wettigheid van het huwelijkscontract worden beoordeeld?

Voor Launoy zijn er twee machten, die het huwelijk regelen, te weten Kerk en staat.³⁵ De eerste is belast met het „ministerium sacramenti matrimonii”,

³¹ „Matrimonium humanus contractus cum sit, sequitur illud civilium legum dispositioni & ordinationi subiacere. Nam omni contractui commune est, ut pro varietate temporum & hominum aliter atque aliter iniri possit & debeat, ita ut ad commune reipublicae bonum referatur, quem finem omnes tractatus, & maxime matrimonialis, spectant. Quemadmodum ergo Magistratum esse oportet, qui aliis contractibus leges praescribat, eosque ad reipublicae utilitatem dirigit sic necessario requiritur idem Magistratus, qui contractum connubialem latis legibus regat & moderetur, idque tanto magis, quanto plus commodi, si bene, & quanto plus incommodi, si male ineatur, ex hoc contractu ad hominum societatem manare solet’.

³² p 52 „Eadem est ratio contractus Matrimonii, quae venditionis aut emptionis, sed pro bono reipublicae Princeps saecularis ea statuere potest, quibus irretetur venditio, vel emptio, si fiat aliter quam Princeps voluerit. Igitur et pro bono reipublicae idem Princeps ea statuere potest quibus irriteretur Matrimonium, si secus ac Princeps stauerit, celebretur’.

³³ p 50 „Quod autem sit Sacramentum, nihil interest omnino, tam quia contractus civilis, cui innititur Sacramentum, ab Regum potestate non eximitur per Christum Sacramentorum auctorem, tum quia ratio Sacramenti superveniens humanum contractum non mutat, sed potius uti idoneam materiam supponit. Quare saecularis Princeps aequè potest justa de causa hunc contractum irritum facere, ac si non esset ad Sacramenti dignitatem evectum” Zie ook p 49 „civilis contractus naturam, quae & in veteri & in novo Testamento fuit eadem semper” en „Sacramenti rationem, quae civili contractui supervenit, sine ulla civilis contractus mutatione supervenisse” Vgl ook p 276 en 283

³⁴ Vgl p 275, assertio quarta (zie hieronder noot 36) en p 573

³⁵ p 273-274, p 573 „Ostendimus itaque duplicem potestatem qua Christianorum matrimonium regatur, temporalem & spiritalem a Deo concessam esse, & utramque sic inter differre, ut tem-

de staat is de regeling van de overeenkomst toevertrouwd. Alles wat dus betrekking heeft op de huwelijksovereenkomst, dient door de staat te worden geregeld. Voor de kwestie, wie van beide ongeldigmakende huwelijksbeletselen mag vaststellen, is van beslissend belang de beantwoording van de vraag, waarop zij betrekking hebben: op het sacrament of de overeenkomst, of zij sacramenteel of burgerlijk van aard zijn.

Die beletselen zijn naar Launoy's inzichten „ex se suoque genere” burgerlijk van karakter. Zij betreffen het burgerlijk huwelijkscontract en niet het sacrament. Hieruit volgt logischerwijze, dat zij alleen door de burgerlijke overheid met uitsluiting van de Kerk kunnen worden vastgesteld. De Kerk heeft zich te houden aan de beletselen, zoals de vorst die voorschrijft. Zij gelden ook voor Haar en bij de bediening van het sacrament heeft Zij daar rekening mee te houden, omdat voor het „ministerium sacramenti” geen mogelijkheid bestaat, het sacrament zich ten enenmale niet kan toevoegen, als het contract zich nog niet wettig - dit wil zeggen met inachtneming der civiele normen - heeft gevormd, zich niet als „materia idonea” presenteert.³⁶

Naar Launoy zegt, heeft ook de staat in zekere zin zeggenschap met betrekking tot het sacrament, wel niet rechtstreeks, maar indirect, toevallig, „consequenter”. Zijn redenering is duidelijk: zonder geldig huwelijkscontract kan het sacrament niet ontstaan. Is de overeenkomst nietig, dan ook het sacrament. De vorst, die volledig bevoegd is ten aanzien van het contract en het contract nietig kan verklaren, kan derhalve ook de totstandkoming van het sacrament verhinderen.³⁷

De Kerk - en uitsluitend deze - heeft de onmiddellijke bestuursmacht aangaande het huwelijks sacrament. Maar dit is dan ook haar enige competentie; zij betreft slechts, wat hij noemt, „matrimonii sacramentum administrare.”³⁸ Zo komt aan de Kerk het onderzoek toe naar de waarachtigheid van het sacrament, „quod inest matrimonio”.

Tussen Kerk en staat bestaat een wederkerige ondergeschiktheid. De Kerk is

poralis ac politica potestas matrimonialis contractus curam gerat Spiritalis vero & sacerdotalis Sacramento aliisque rebus, quas Deus contractui Matrimonii jam legitime peracto superadjectis, ordinandis disponendisque incumbat”. Men zie ook de 5e en 6e pagina van de Epistola, waarin hij zijn werk opdraagt aan de Procureur-Generaal van het Parlement van Parijs, ACHILLE HARLAËY.

³⁶ p 275 „Impedimentum Matrimonia dirimens ex se suoque genere civile est, non spirituale”. „Probatur, quia cum impedimenta Matrimonii sint certae quaedam necessario servandae ad contractum Matrimonii prius ineundum, quam Sacramentum ei superveniens intellegatur, dispositiones ad civilem quem habet ipse contractus Matrimonii, ordinem spectant”

p 276 „ sed nemo negare potest, quin ante Christi institutionem impedimenta dirimentia ad civilem & politicum ordinem pertinerent”. „... qui (n l theologi) docent Principes. posse legem condere, quae Matrimonium dirimat”.

p 277 „ itaque potestas ferendi legem quae Matrimonium dirimat, ex natura sua civilis est”.

p 290: „Deinde Principes impedimenta dirimentia statuere possunt citra sacerdotalis ordinis consensum sacerdotalis ordo non potest citra Principum consensum atqui, ut vidimus, impedimenta dirimentia directe cadunt in personas contrahentes, vel in ipsum Matrimonii contractum, quae duo ad civilis juris administrationem pertinent”.

Zie ook p 282 en 273: „...civilis contractus Matrimonii, cui jam legitime facto divinitus accedit Sacramenti ratio” Vgl ook p 573.

³⁷ p 290

³⁸ p 290 en Epistola, p 6

afhankelijk van de staat wat betreft het burgerlijk contract en alles wat daarmee samenhangt. Zij dient zich dus te houden aan de door de staat te dien aanzien uitgevaardigde wetten, gelijk ook, als bijvoorbeeld het koopcontract een sacrament zou zijn, de Kerk niet minder ondergeschikt zou zijn aan de staatswetten, die dat contract betreffen. De staat van zijn kant dient zich te richten naar het „ministerium sacramenti”, zoals de Kerk dat bepaalt.³⁹ Beide regelingen vormen als het ware elkaars complement, zodat het ene huwelijk sacramenteel, religieus en burgerlijk van aard, door Kerk en staat „quoad ligamen” tezamen dient te worden bestuurd.

Launoy waarschuwt de Kerk zich slechts in te laten met datgene, wat van Haar eigen orde is.⁴⁰ Meer hypothetisch acht hij het geval, dat de vorst zijn bemoeiingen mede zou uitstrekken over de „ratio sacramenti”. Theoretisch zou een dergelijke overschrijding van bevoegdheid zich kunnen voordoen in twee gevallen. Enerzijds, als de vorst zou bepalen, dat partijen voor het sacrament niet in staat van genade behoeven te zijn, ofwel omtrent de vorm van het sacrament iets anders zou voorschrijven dan door Christus is bepaald en door de algemene concilies wordt geleerd. Anderzijds zou de vorst het huwelijk zelf, dat toch de grondslag is van het sacrament, kunnen vernietigen of iets tegen de natuurwet of de Goddelijke wetten bepalen.⁴¹ Zou iets van die aard plaats hebben, hetgeen van een Christelijk vorst niet te verwachten is, dan zou de Kerk vertogen tot de vorst moeten richten tot wijziging zijner wetgeving. Mocht dat geen succes opleveren, dan heeft Launoy er geen bezwaar tegen, dat de uitoefening van de burgerlijke macht zou kunnen worden verhinderd. De Kerk zou dit vermogen te doen krachtens de Haar toekomende indirecte macht.⁴² Of de vorst ook de facto de uitoefening zijner burgerlijke bevoegdheid moet worden belet, is een zaak, die de Kerk moet beoordelen.⁴³

Er was minstens één moeilijkheid voor deze Gallicaanse theoloog, minstens één ernstig bezwaar, dat men tegen zijn theorie te berde zou kunnen brengen. Het Concilie van Trente n.l. dreigde met het „anathema” degene, die de bevoegdheid van de Kerk tot vaststelling van ongeldigmakende beletselen ontkende.⁴⁴ Degene echter, die de Trentse bepalingen maar goed weet te verstaan, zich de reden er van, de aanleiding er toe maar weet te herinneren. kan volgens Launoy in de Trentse canon geen argument zien tegen zijn doctrine. „Ecclesia” moet hier niet worden opgevat in de zin van kerkelijke overheid, de Paus, de Concilies, doch in die van „fidelium seu Catholicorum

³⁹ p. 273-274: „Spiritualis potestas ab saeculari pendet quoad naturam civilis contractus Matrimonii. . . .” en „Saecularis potestas a spirituali pendet quoad ministerium Sacramenti Matrimonii, qua Sacramentum est”. „Si emptio vel venditio Sacramentum esset, cum a civili potestate non eximeretur, quatenus est contractus quidem, spiritualis potestas a politicis emptionis vel venditionis legibus non minus penderet, quam modo pendet”.

⁴⁰ p. 262-268.

⁴¹ p. 269.

⁴² p. 271: „Probatur. . . . ex praesupposita veritate indirectae potestatis ut videant adversarii, si qui sint, me nullam afferendae veritatis viam aspernari”.

⁴³ p. 271.

⁴⁴ De sacramento matrimonii, canon 4, zie hiervóór p. 12, noot 16.

congregatio", zoals „in facie Ecclesiae" de betekenis heeft van „in het bijzijn der gelovigen". Ter adstructie dier interpretatie voert hij in de „appendix" van zijn werk breedvoerig een vijftiental argumenten aan. De Kerk, opgevat in de betekenis van „de Christenheid", het gelovige volk, stelt nu ongeldig-makende beletselen vast door middel van de persoon van de vorst, zoals dat ook in het verleden geschiedde. Het komt er dus op neer, dat volgens Trente „Ecclesia" „vorst" betekent. De reden, waarom het Concilie die canon heeft opgenomen, is hierin gelegen, dat Maarten Luther in een tweetal, reeds door de Parijse theologische Faculteit veroordeelde, stellingen de bevoegdheid bestreed bij menselijke wet andere beletselen in te voeren dan de H. Schrift kende. Omdat Luther de gelding van beletselen verwierp, die vroeger door de keizers waren ingevoerd en daarna door de Kerk in haar constituties waren overgenomen, besloot het Concilie tot plechtige afkondiging van de canon.⁴⁵ Hij is dus niet tegen de burgerlijke macht, doch tegen de ketters gericht.

Het valt niet moeilijk in te zien, dat een dergelijke de bestuursmacht grotendeels door de staat reserverende leer, met een zo groot vertoon van degelijkheid voorgedragen, indruk moest maken en door de kroonjuristen met vreugde werd begroet. De belangstelling voor Launoy's boek bleef dan ook niet beperkt tot een betrekkelijk kleine kring van theologen, doch ook bij de burgerlijke auteurs verwierf Launoy's theorie bekendheid en voor een deel aanhang.

DENYS TALON, Advocaat-Generaal van het Parijse Parlement, betuigde zich althans in Juli 1677 een volgeling van de staatsgezinde geestelijke. L'HUILLIER, een Parijs theoloog, had in 1675 als reactie op Launoy's theorieën aan de Sorbonne in zijn thesis als stelling verkondigd: „Non audiendus quisquis hanc potestatem (solvendi impedimenta dirimentia matrimonium) Ecclesiae eripit ut principibus saecularibus eam adscribat". Het Parijse parlement vertrouwde L'Huillier's doctrine niet erg en riep hem tezamen met de hoogleraar Chamillard, die de thesis had geviseerd, ter verantwoording. Talon verwerpt in zijn conclusies de „ultramontaanse" distinctie van „huwelijk" en „enkel burgerlijke gevolgen" als een deugdelijk criterium voor de bestuursmacht van Kerk en staat. De vorst kan niet alleen rechtens bevoegdheid uitoefenen ten aanzien van de burgerlijke effecten, maar ook met betrekking tot hun causa: „le contrat civil". Zou de staat geen enkele zeggenschap hebben over die huwelijksvereenkomst, dan heeft hij die bijgevolg ook niet over de burgerlijke gevolgen. Als de Kerk de macht zou hebben huwelijksbeletselen te maken, dan zou dat er op neerkomen, dat de bekwaamheid der burgers om overeenkomsten te sluiten van de Kerk afhing; het zou betekenen, dat de Kerk een burgerlijke wet mocht maken. Dit is echter een ongehoorde schending van het beginsel van scheiding tussen de geestelijke en tijdelijke sfeer.

De Kerk kan zich daarom nimmer beroepen op een Haar rechtens toeko-

⁴⁵ p. 292 vlg.; zie ook Appendix.

mende oorspronkelijke bevoegdheid tot uitvaardiging van zulke wetten. Zij kan dat slechts tijdelijk doen en in naam, als gedelegeerde van de vorst.⁴⁶ Behalve in de genoemde thesis van L'Huillier werd het traditionele „ultramontaanse” standpunt van de uitsluitende bestuursmacht der Kerk ook verdedigd in een in 1678 anoniem uitgegeven, aan L'Huillier toegeschreven werk: „In librum magistri Joannis Launoy theologi Parisiensis, qui inscribitur Regia in matrimonium potestas Observationes”. Van dezelfde strekking ook is GALESIUS' „Ecclesia in matrimonium potestas” van 1676.

§ 5. DE LEER VAN DE DUBBELE RECHTSMACHT.

Het bleek mogelijk te zijn een tussensysteem te ontwerpen en zo beide extreme doctrines van Launoy en Galesius met elkaar te verzoenen. Dit tussensysteem had deze aantrekkelijke kant, dat het beantwoordde aan de praktische stand van zaken. De Kerk had ongeldigmakende beletselen gevestigd. Dat de staat de huwelijken van minderjarigen, buiten de ouders om aangegaan, nietig verklaarde door zijn rechtspraak, kwam feitelijk op hetzelfde neer, terwijl met betrekking tot de huwelijken der Hugenoten een eigen staatswetgeving, ook inzake de beletselen⁴⁷ bestond.

Deze theorie van conciliatie, die in het ene huwelijk verbonden en toch gescheiden achtte het sacrament en de overeenkomst, welker beider aanwezigheid en geldigheid noodzakelijk waren voor het bestaan (ook voor het burgerlijke forum) der echtverbintenis, wijst aan de Kerk en de staat „également” en „séparément” het gezag toe tot vestiging van dirimerende beletselen. Elk van beiden is daartoe onafhankelijk van elkaar bevoegd. Deze mening, die door LAMOIGNON, President van het Parijse parlement, bij de behandeling van de affaire L'Huillier,⁴⁸ door MONTESQUIEU,^{48a} POTHIER⁴⁹ en DURAND DE MAILLANE⁵⁰ werd voorgestaan, vindt in het „ancien régime” verreweg de meeste aanhang. GERBAIS moet als een der voornaamste representanten er van worden beschouwd. Ook de kanselier des konings PONTCHARTRAIN volgt haar in een ambtelijke brief van 3 September 1712, gericht aan de President van het parlement van Besançon.⁵¹ Deze brief heeft vooral tot doel het goede recht der vorsten te beklemtonen tot vast-

⁴⁶ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome II, p. 491-492, LEFEBVRE, I, p. 106, noot 3, COVILLARD, p. 45 vlg., DURAND DE MAILLANE, Libertés de l'Eglise gallicane, Tome 4, p. 94, LE RIDANT, Examen de deux questions importantes sur le mariage, 1753, p. 87.

⁴⁷ N1 wat betreft de beletselen van bloedverwantschap

⁴⁸ President LAMOIGNON zegt in het arrest van 16 Juli 1677, gewezen in de affaire L'HUILLIER, dat uit de geschiedenis duidelijk blijkt, dat zowel de staat (Romeinse keizers) als de Kerk (Concilie van Elvira) ongeldigmakende beletselen hebben gevestigd, Kerk en staat hebben in een geest van wijsheid voor de eer van het sacrament, het heil der gelovigen en het algemeen belang van de staat ongeldigmakende beletselen gevestigd, men moet daarom de mening volgen van die auteurs, die de bevoegdheid daartoe aan geen van beide ontzeggen Vgl. DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome II, p. 491, LE RIDANT, p. 89 vlg., zie ook LABOULAYE, p. 26-27.

^{48a} Esprit des lois, Liv. XXVI, ch. 13

⁴⁹ In zijn Traité du contrat de mariage, nos 11 tot en met 22.

⁵⁰ Dictionnaire, Tome II, p. 493 „il faut croire . . . que l'Eglise & le roi ont le pouvoir distinct & indépendant d'établir des empêchements dirimants de mariage”.

⁵¹ Deze brief is afgedrukt in het werk van LEFEBVRE, I, p. 142-144, als bijlage bij de 23e en 24e les.

stelling van ongeldigmakende beletselen tegen de leer van de „partisans aveugles” der Kerkelijke macht. Pontchartrain noemt als „doctrine constante de tous les Parlements du royaume”: „que le Prince a droit d'établir des empêchements de mariage, non seulement prohibitifs... mais même dirimans”.

Als overeenkomst blijft het huwelijk ondanks de verheffing er van tot Sacrament - waarvoor zij als preexisterende materie dient op de wijze als het water de materie uitmaakt van het sacrament van het doopsel⁵² - behoren tot de rechtsmacht van de wereldlijke vorst. Zijn taak is het omtrent het door de natuurwet onvolledig geregelde huwelijkscontract zodanige voorschriften uit te vaardigen, als door het belang der samenleving, de vorst ter behartiging toevertrouwd, worden geeïst. De argumenten voor de staatsmacht zijn nagenoeg gelijk aan die van Launoy en Hennequin, op wie ook Pothier zich beroept.⁵³ Niet minder wil men deze nieuwe leer doen steunen op De Soto, die ruim een eeuw te voren al de vorstenmacht „quoad foedus” had verdedigd, zonder toen te worden gevolgd.⁵⁴

Het contract wordt als een afzonderlijk element uit het contractueel-sacramentele huwelijk uitgelicht, terwijl het van het sacrament gescheiden contract op één lijn wordt gesteld met alle andere overeenkomsten, waarvan de regeling de vorst toekomt.⁵⁵ Dit contract is het eigen object der burgerlijke bemoeiingsfeer; de Kerk komt het niet toe in haar wetgeving iets op te nemen dat daarop betrekking heeft. Mitsdien heeft de Kerk naar Pothier's oordeel in „Tametsi” haar bevoegdheid overschreden.⁵⁶

Evenals De Dominis, Launoy en Hennequin, huldigen ook de aanhangers van de gemengde theorie de opvatting, dat de sacramentele aard van het huwelijk aan de bevoegdheid van de vorst om ongeldigmakende beletselen vast te stellen niet in de weg staat. Immers in hun wetgeving schrijven de vorsten niet iets voor ten aanzien van het sacrament. Hieraan raken hun wetten niet. Met betrekking tot het sacrament kan de vorst weliswaar toevalligerwijze, indirect, gezag uitoefenen en wel in zoverre hij, door de totstandkoming van het contract te beletten, het ontvangen van het sacrament

⁵² POTHIER, no. 12

⁵³ POTHIER, no. 14

⁵⁴ Zie voor DE SOTO: LAUNOY, p. 16-17.

⁵⁵ POTHIER, no. 11 „Le mariage est tout à la fois et contrat civil et sacrement. Le mariage, étant un contrat, appartient, de même que tous les autres contrats à l'ordre politique, et il est, en conséquence, comme tous les autres contrats, sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour régler tout ce qui appartient au gouvernement et au bon ordre de la société civile. Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société. Les princes séculiers ont donc le droit de faire des lois pour le mariage de leurs sujets . . .”, GERBAIS, *Traité pacifique du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empêchemens du mariage*, Paris, 1690, p. 304 „car tant qu'il sera vrai de dire que le mariage est un Contrat civil il sera permis de soutenir que les princes ont le droit d'en régler les conditions de même que des autres Contrats civils”, PONTCHARTRAIN „Comme le mariage est en même temps un contrat civil et un sacrement, il est également soumis aux deux puissances, même par rapport à la validité du lien. Le contrat dépend absolument de la puissance séculière. . . Le pouvoir de l'Eglise est de sa nature, uniquement renfermé dans ce qui regarde le sacrement”

⁵⁶ POTHIER, no. 348, *De reform. matrim.*, Cap. 1 zegt n.l. „. . . Sancta Synodus hujusmodi contractus irritos et nullos esse decernit”, Zie hiervoor p. 14, noot 29

verhindert.⁵⁷ Maar dit rechtvaardigt niet het „ultramontaanse” oordeel, dat daardoor het heilige zelf van het huwelijk wordt getroffen. Men kan toch ook niet zeggen, dat een kind, dat de zuiverheid van het doopwater vertroebelt, daardoor inbreuk maakt op het sacrament des doopsels.⁵⁸ Het contract toch, dat door de burgerlijke wet wordt nietigverklaard, maakt het sacrament niet uit; de wet belet slechts, dat het contract materie wordt van het sacrament. Christus kan trouwens niet anders bedoeld hebben dan wet-tige huwelijken tot sacrament te verheffen, waarvan niet kan worden gesproken, als de verbintenissen door de wet is verboden. Het zou bepaaldelijk oneerbiedig zijn in dergelijke verboden echtverenigingen het beeld te willen zien van de vereniging van Christus met zijn Kerk.⁵⁹ Pothier kan bovendien niet aannemen, dat Jezus Christus door de instelling der genademiddelen de - naar Christus' eigen woord - door God de wereldlijke vorsten toevertrouwde macht heeft willen tekortdoen. Al is het huwelijk een sacrament, het is daarom als contract niet onttrokken aan de „ordre politique”.

In de bestrijding van de door Galesius, Bellarminus e.a. verdedigde exclusiviteit der kerkelijke macht gaan Launoy en de „gematigden” hand in hand. Daarna scheiden zich echter hun wegen.

Men zal moeten erkennen, dat ook de Kerk van Christus, niet uit kracht van een concessie der vorsten, maar uit eigen machtsvolkomenheid - omdat het huwelijk behalve een „contrat civil” ook een sacrament, een „contrat ecclésiastique” is - de totstandkoming van een huwelijk zal kunnen beletten. Als men het sacramenteel karakter wil erkennen, dan gaat het niet aan om de Kerk, aan wie Christus Zijn sacramenten heeft gegeven, het recht te ontzeggen, dirimerende beletselen vast te stellen. Zij toch heeft uit te maken, wie het sacrament mag ontvangen, aan welke voorwaarden moet zijn voldaan. Daarenboven heeft het huwelijkssacrament een kerkelijk-sociaal aspect, evenals het priesterschap. Het huwelijk heeft mede tot doel het algemeen belang van de Kerk en de „perfection du corps de l'Église”.⁶⁰ En werd ook

⁵⁷ PONTCHARTRAIN „Le pouvoir du prince est direct sur le contrat et indirect sur l'administration du sacrement Direct sur le contrat, parce que le prince seul peut en régler la nature et les conditions Indirect sur l'administration du sacrement, parce que le contrat étant la matière du sacrement, si le contrat est nul, le sacrement n'a plus de matière à laquelle on puisse appliquer”.

POTHIER, no 12 „Les mariages que les personnes sujettes à ces lois (n l van de vorst) contractent contre leur disposition lorsqu'elles portent la peine de nullité, sont entièrement nuls, suivant la règle commune à tous les contrats que tout contrat est nul lorsqu'il est fait contre la disposition des lois *Nullum contractum, nullum conventum, lege contrahere prohibente* Il n'y a non plus, en ce cas, de sacrement de mariage, car il ne peut y avoir de sacrement sans la chose qui en est la matière Le contrat civil étant la matière du sacrement de mariage, il ne peut y avoir un sacrement de mariage lorsque le contrat civil est nul”.

⁵⁸ GERBAIS, p 338 vlg

⁵⁹ POTHIER, no 15 „D'ailleurs la loi civile, en déclarant nul un contrat de mariage fait contre sa disposition, ne touche point au sacrement de mariage, puisque ce contrat de mariage qu'elle rend nul n'est pas le sacrement elle empêche seulement, en le déclarant nul, qu'il ne puisse être la matière du sacrement de mariage”

⁶⁰ DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire, Tome II, p. 492, POTHIER, no. 19, PONTCHARTRAIN „... et comme il n'y a pas de mariage valable parmi nous, s'il n'est pas élevé à la dignité de sacrement et que réciproquement il n'y a pas de sacrement ou il n'y a pas de contrat et de consentement légitime, il est évident que l'Église et l'État exercent également leur autorité sur le mariage”. Zie ook het eerste deel van GERBAIS' Traite, waarin hij LAUNOY's theorie omtrent de exclusiviteit van de staatsmacht hartstochtelijk bestrijdt Vgl p 277 vlg

niet uitdrukkelijk dat recht om ongeldigmakende beletselen vast te stellen in de geloofsleer van Trente opgenomen?

Zoals echter de staatsmacht enkel en alleen de overeenkomst betreft, zo kan de Kerk in haar wetgeving alleen het sacrament betrekken. Daar „in foro civili” echter alleen het sacramentele huwelijk als huwelijk wordt erkend, kan de Kerk indirect de burgerlijk-rechtsgeldige sluiting der huwelijksvereenkomst verhinderen.⁶¹

Pontchartrain acht dit nog een logische consequentie van het systeem der dubbele wetgeving en de eis, dat voor de ook burgerlijke geldigheid de sacramentaliteit van het huwelijk wordt gevorderd. Pothier maakt de burgerlijke werking der kerkelijke beletselen in dezen afhankelijk van de goedkeuring der kerkelijke wet door de wereldlijke vorst. Derhalve is volgens Pothier de nietigheid van het burgerlijk huwelijkscontract niet een gevolg van de door de Kerk vastgestelde beletselen zelf, doch van de wil van de vorst, die van de kerkelijke beletselen (bijvoorbeeld professie) contractvernietigende beletselen heeft gemaakt. Burgerlijke beletselen hebben die indirecte werking ten opzichte van het sacrament wel, omdat logischerwijze het sacrament niet tot stand kan komen, als het daarvóór vereiste burgerlijk contract zich niet heeft kunnen formeren.⁶² De wetgevende bevoegdheid van de Kerk heeft in de theorie van Pothier dan ook wel weinig te betekenen.

De zwakke plek in het goedbedoelde optimistische stelsel van Gerbais c.s. is: wat moet er gebeuren bij een conflict tussen de concurrerende rechtsmachten, indien zij beletselen zouden vestigen, die elkaar tegenspreken? Gerbais heeft die moeilijkheden wel gezien; in het derde deel van zijn *Traité* behandelt hij die kwestie.

De oplossing is z.i. wel zeer eenvoudig: zulk een conflict zal zich praktisch niet voordoen. Als beide zich maar goed het doel voor ogen houden, hetwelk zij hebben na te streven in hun respectievelijke wetgeving, de staat het burgerlijk en tijdelijk belang, de Kerk het boventijdelijk, het geestelijk belang, welke beide belangen gelijkelijk bij hetzelfde goedgeordende huwelijk zijn betrokken, is een conflict niet te vrezen. Zou zich eens een tegen-

⁶¹ POTHIER, no. 20, vgl. PONTCHARTRAIN „Mais les princes chrétiens, ne souffrant pas, comme j'ai dit, que leurs sujets catholiques contractent aucun mariage, qui ne soit revêtu de la dignité du sacrement, il s'ensuit de là, que de même que la nullité du contrat empêche que le sacrement ne soit conféré, aussi le défaut des conditions prescrites par l'Eglise pour recevoir le sacrement, empêche que le contrat ne soit accompli, et ce n'est en ce seul sens que peut être tolérée l'opinion de ceux qui attribuent à l'Eglise un pouvoir indirect sur le contrat”, GERBAIS, p. 277 vlg.

⁶² POTHIER, no. 20 „Les empêchements que l'Eglise établit, seuls et par eux-mêmes, ne peuvent concerner que le sacrement, et ne peuvent, seuls et par eux-mêmes, donner atteinte au contrat civil. Mais lorsque le prince, pour entretenir le concert qui doit être entre le sacerdoce et l'empire, a adopté et fait recevoir dans ses états les canons qui établissent ces empêchements, l'approbation que le prince y donne rend les empêchements établis par ces canons, empêchements dirimants de mariage, même comme contrat civil”, DURAND DE MAILLANE, Dictionnaire Tome II, p. 493, laat een geluid van dezelfde strekking horen: de kerkelijke disciplinaire regels hebben eerst wettige gelding, wanneer de wet van de koning ze heeft geaccepteerd en goedgekeurd.

spraak voordoen, dan zal, als men maar van goede bedoelingen is beziel, gemakkelijk een oplossing kunnen worden bereikt door zijn toevlucht te nemen tot vertogen.⁶³ Durand de Maillane acht de samenwerking tussen Kerk en staat zeer goed, behoudens dan de kwestie van de huwelijken van minderjarigen. De pieteit der vorsten ten opzichte van de Kerk heeft voor de harmonie wel gezorgd.⁶⁴

§ 6. DE LEER VAN DE EXCLUSIEVE STAATSMACHT TOT REGELING VAN HET HUWELIJK.

De theorieën, welke wij bespraken, kenden aan het huwelijk zelf het sacramentele karakter toe. Ook in de hypothese van De Dominis en volgens Launoy, die toch het verste gingen in de consequenties van de conceptie der gescheidenheid van overeenkomst en sacrament, vormt het sacrament een integrerend element van het huwelijk.

Een stap verder ging o.a. LE RIDANT in de tweede helft van de achttiende eeuw. Deze scheidt niet in het huwelijk overeenkomst en sacrament van elkaar, doch hij zondert het huwelijk in zijn geheel van het sacrament af. Het huwelijk wordt gevormd door de overeenstemmende wil van man en vrouw. Deze overeenkomst maakt het huwelijk zelf uit.⁶⁵

Het sacrament is een religieuze, kerkelijke handeling, welke het huwelijk, te weten de overeenkomst, zegent en heiligt. In het huwelijk zelf is de sacramentaliteit niet te zoeken, noch vormt de huwelijksovereenkomst de materie van het sacrament.⁶⁶ Het is ook verkeerd te zeggen, zoals het Concilie van Trente doet, dat het huwelijk door Christus tot sacrament is verheven; wel heeft Christus een huwelijks sacrament ingesteld, doch dit bestaat in de huwelijksinzegening. In de priesterlijke huwelijkszegen treffen we stof en vorm van het sacrament aan. De oplegging der handen door de priester is de materie, de gebeden, welke hij uitspreekt, zijn de vorm.⁶⁷

⁶³ GERBAIS, p. 367 vlg

⁶⁴ Dictionnaire, Tome II, p. 493 vlg

⁶⁵ Traité sur le mariage, Deux questions importantes sur le mariage, (anoniem verschenen) 1753, p. 2 „Je ne crains pas d'avancer que l'erreur vient de ce qu'on confond mal à propos le Mariage avec le Sacrement de Mariage, ou avec le Sacrement que Jesus-Christ a établi dans son Eglise, pour benir et sanctifier le Mariage", p. 5 „Cette meprise, & plusieurs autres sur le Mariage viennent, de ce qu'on a confondu le Mariage avec le Sacrement du Mariage". Het werk van LE RIDANT is aanwezig in de bibliotheek der Paters Jezuïeten te Leuven

In 1768 verscheen te Luik Traite du pouvoir irréfragable et inébranlable de l'Eglise sur le mariage des Catholiques, van J. CLEMENS, gericht tegen het boek van LE RIDANT De leer van LE RIDANT is daarom zo belangrijk, omdat zij, als sluitstuk ener doctrinaire evolutie, heeft gediend tot grondslag der secularisatie van het huwelijk. Die van GERBAIS was daartoe niet geschikt, noch ook de theorie van LAUNOY

De mening van PIERRE LE RIDANT wordt ook gevolgd door PORTALIS (hierna p. 76) Ook VOLTAIRE heeft haar overgenomen „que tout ce qui concerne les mariages dépende uniquement du magistrat, et que les prêtres s'en tiennent à l'auguste fonction de le benir", Dictionnaire philosophique, Lois civiles et ecclésiastiques

⁶⁶ p. 15

⁶⁷ p. 22 „C'est donc cette imposition des mains, cette bénédiction, qui est la matière du Sacrement de Mariage; et les paroles qui l'accompagnent, en font la forme", p. 14 „Toute la Tradition désigne le Sacrement de Mariage, sous le terme de *Benediction* Le prêtre est le ministre de cette *Benediction* Ainsi il est le Ministre du Sacrement", zie ook p. 25.

Als we aldus de - volgens Le Ridant op de theologische traditie gebaseerde - onderscheiding tussen overeenkomst en sacrament tot criterium nemen ter bearwoording van de vraag, aan wie, Kerk of staat, de bestuursmacht ten opzichte van de huwelijksband toekomt, wie van beide ongeldigmakende beletselen mag vestigen, dan is duidelijk, dat alleen de staat met die macht is toegerust, en dat, als de Kerk die macht metterdaad uitoefent, dit als usurpatie is aan te merken, dan wel zijn grond kan vinden in een concessie der vorsten.⁶⁸

Alle beletselen betreffen het contract, het huwelijk. Zou de Kerk bevoegdheid te dien aanzien toekomen, dan zou de Kerk de onderdanen van de Katholieke vorst bekwaam of onbekwaam kunnen verklaren tot het sluiten van overeenkomsten. Dit zou betekenen een uitbreiding van de kerkelijke macht tot de „ordre civil et politique”, een erkenning, dat de Kerk burgerlijke wetten kan uitvaardigen.⁶⁹ Wat de Kerk mag doen, is door de huwelijkszegen heiligen, wat als volledig huwelijk reeds bestaat. Zij kan echter alleen heiligen, als er iets te heiligen en te zegenen is, d.w.z. als er een geldig huwelijk bestaat. Voor het overige kan zij bepalen, wat nodig is voor het ontvangen van het sacrament.⁷⁰

Le Ridant's doctrine is niet alleen in strijd met canon 4 van het Trentse decreet „De sacramento matrimonii”, doch schijnt eveneens het anathema van canon 1 niet te kunnen ontlopen.⁷¹ Ook voor deze moeilijkheid heeft Le Ridant een oplossing. Het is z.i. niet juist te veronderstellen, dat het Concilie van Trente door canon 1 heeft bepaald of willen bepalen, dat het huwelijk zélf tot sacrament is verheven. Bedoeld is als dogma af te kondigen, dat Christus een sacrament van het huwelijk heeft ingesteld, hetwelk de Protestanten ontkenden. De manier, waarop Trente dit in canon 1 uitdrukt, is weinig exact.⁷² En wat canon 4 betreft: de Kerk kan nimmer, ook niet door een dogmatische beslissing, de rechten van de vorst inkorten, noch kan Zij als geloofspunt iets voorhouden, wat in zich een aantasting van die rechten is. Canon 4 is zulk een aantasting van het wereldlijk gezag en kan

⁶⁸ p. 65 „... parce que le droit d'apposer des Empêchements dirimans au Mariage, est essentiel à la Souveraineté & par conséquent imprescriptible”, zie ook p. 95 en p. 456, evenzoo reeds TALON, vgl. hiervóór p. 57.

⁶⁹ p. 283-284 „Donner à l'Eglise à cause du sacrement le droit d'apposer au mariage quelque empêchement dirimans que ce soit, seroit lui accorder le droit de rendre les sujets d'un prince Catholique habiles ou inhabiles à contracter . . . Ce qui est une entreprise manifeste sur l'autorité temporelle que l'Eglise ne peut exercer en cette matière et dans toutes les autres que precacement et au nom des souverains” Zie ook p. 587 Vgl. TALON, hiervóór p. 57.

⁷⁰ p. 48 „Ainsi le Sacrement ne fait pas le Mariage, il le suppose preexistant, car on ne sanctifie pas ce qui n'est pas”

⁷¹ Zie hiervóór, p. 12, noten 15 en 16

⁷² p. 508, zie ook p. 513-514: „Pour appliquer maintenant ces idées du premier Canon de la vingt-quatrième session du Concile de Trente pris dans le sens forcé, que veulent lui donner certains Theologiens, on dira que du temps de ce Concile, les Scholastiques confondoient assez communément le Mariage avec le Sacrement de Mariage, que le Concile a adopté cette idée confuse & équivoque Mais qu'il faut l'interpréter et l'entendre d'une manière conforme à ce que le Droit Civil & Canonique, la Tradition des premiers siècles de l'Eglise, & plusieurs des Catechismes qui ont été imprimés depuis le Concile de Trente nous apprennent de la nature du Mariage, de la nature d'un Sacrement de la Loi nouvelle, & du Sacrement de Mariage en particulier, qui loin d'être le Mariage même, est un rit extérieur et sensible que Jesus-Christ a prescrit aux Ministres de son Eglise pour bénir, & sanctifier le Mariage”

derhalve niet tot de geloofsleer der Kerk worden gerekend. Er blijft dan over, dat het een disciplinaire regel is. Doch dan geldt die regel in Frankrijk niet, omdat Frankrijk de Trentse discipline niet heeft aanvaard en toch zeker niet canon 4, welke een inbreuk inhoudt op de eigen rechten van de vorst.⁷³

Toch is het huwelijk in deze leer, hoezeer geheel en uitsluitend ter regeling voorbehouden aan de staat, naar geldend positief recht niet volledig onafhankelijk van het sacrament. Le Ridant zegt niet, dat een huwelijk tot stand kan komen, als niet tegelijkertijd het huwelijks sacrament wordt toegevoegd. Zonder dit sacrament ontstaat het huwelijk niet. Het huwelijk zelf, het contract, kent naar Frans recht een religieuze vorm. Dit is echter toevalligerwijze, omdat de koninklijke wetgeving een kerkelijke sluiting van het contract, de vorm „in facie Ecclesiae”, heeft voorgeschreven.

Nu de staat voor de geldigheid van het huwelijk het ontvangen van het sacrament voorschrijft, zal, als de pastoor zijn medewerking weigert en het huwelijk niet wil inzegenen, ook het contract, het huwelijk zelf, niet worden geformeerd. En men kan volgens Le Ridant aan de pastoor het recht tot weigering niet ontzeggen, wanneer partijen om redenen van religieuze aard het sacrament niet mogen ontvangen. Le Ridant spreekt er zich niet over uit, of de Kerk te dien aanzien geheel zelfstandig moet worden geacht. Het lijkt ons echter wel waarschijnlijk, dat volgens deze Gallicaanse auteur het parlement de pastoor zou kunnen opdragen de huwelijkszegen te geven, wanneer naar het oordeel van het parlement de weigering van de pastoor in de kerkelijke voorschriften geen steun zou vinden. Zijn weigering was dan immers als een „abus” te kwalificeren.

Het samengaan van huwelijk en sacrament is evenwel naar Le Ridant's leer niet noodzakelijk; het contract, het huwelijk zou ook tot stand kunnen komen, zonder dat tevens het sacrament wordt medegedeeld.⁷⁴ Zulks hangt af van de wil van de staat. En Le Ridant voelt er wel voor de religieuze contractsvorm niet langer te eisen voor de Protestanten, die in zijn tijd van een burgerlijke staat beroofd waren. Insgelijks vraagt hij zich af, of dat vereiste ook niet zou kunnen vervallen voor Katholieken, die om godsdienstige redenen het sacrament niet kunnen ontvangen.⁷⁵

⁷³ p. 440 vlg.

⁷⁴ Vgl. ook RICHER, *De l'autorité du clergé et du pouvoir magistrat politique sur l'exercice des fonctions du ministère ecclésiastique*, p. 161-162.

⁷⁵ p. 587.

HOOFDSTUK V.

DE SECULARISATIE VAN HET HUWELIJK.

§ 1. DE TOEPASSING VAN DE CONTRACTSLEER VÓÓR DE FRANSE REVOLUTIE.

1. HET EDICT VAN 28 NOVEMBER 1787 VAN LODEWIJK XVI.

De civilistische contractsleer op zich heeft niet als noodzakelijke consequentie de verwereldlijking van de echtverbintenis in de praktijk der wetgeving; zij leidt niet uit haar aard tot de instelling van het volledige staatshuwelijk met een burgerlijke rechtsvorm, obligatoir voor allen.

De contractsleer is zeer zeker opgesteld ter principiële veiligstelling van de rechten van de staat. Zij maakt het de staat ongetwijfeld mogelijk „in foro civili” het contract los te maken van het sacrament en voor het contract een eigen burgerlijke reglementering met een eigen burgerlijke vorm vast te stellen, geheel onafhankelijk van wat de Kerk bepaalt. Doch de auteurs van het „ancien régime” hebben er niet naar gestreefd, dat de staat ook metterdaad al zijn rechten in volle omvang zou gaan uitoefenen. Hun doctrine pretendeert, dat het huwelijk - geheel of voor een deel - staatszaak is. Zij geeft, vooral zoals ze door Le Ridant werd voorgestaan, de staat het recht een burgerlijke contractsvorm in te voeren; zij eist echter niet, dat zulks ook in feite wordt gedaan. Zij legt alleen - hetgeen overigens van niet geringe betekenis is - de leerstellige grondslag voor de secularisatie, in zoverre zij die theoretisch mogelijk maakt.

Indien men de secularisatie wil verwezenlijken, zal men de eis der sacramentaliteit niet langer moeten stellen en „in foro civili” de totstandkoming van het burgerlijk contract zonder meer voldoende moeten achten. Doch daarvoor is nodig een wijziging in mentaliteit, het doorsnijden van de traditionele banden tussen burgerlijke maatschappij en religie, een abstraheren van het huwelijk van godsdienstige aspecten, de uitbanning van kerkelijke invloeden op de burgerlijke staat der Fransen, waartoe dank zij de contractsleer ook het huwelijk werd gerekend.

De laïcisering van de echt is gebracht door de staatsgezinde contractsleer, welke de theoretische grondslag er voor heeft geleverd. Het tweede beginsel, dat met die leer leidde tot de verwereldlijking van het huwelijk, was de ideologie, die eist, dat het geloofsleven van het openbare burgerlijke terrein wordt verdrongen; dat de wet slechts Fransen mag zien en geen belijders van verschillende religies;¹ die tevens de eis stelt van „liberté de conscience”

¹ „... la liberté des cultes a été proclamée. Il a été possible de séculariser la législation. On a organisé cette grande idée, qu'il faut souffrir toute ce que la Providence souffre et que la loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes” in „Exposé des motifs” van PORTALIS betreffende het aan het wetgevend lichaam aangeboden wetsontwerp (zirting 7 Maart 1803), FENET, Tome 9, p. 141-142.

en van „liberté des cultes”. Deze „liberale” ideologie brengt als consequentie immers mee de opheffing van de verplichting tot inachtneming van de kerkelijke rechtsvorm.

De „philosophes”, deze vrije geesten die de Franse Revolutie hebben voorbereid, wilden op grond van de door hen gepredikte gedachte van gewetens- en godsdienstvrijheid, dat de burgerlijke staat, waartoe men in de étatistische leer ook het huwelijk rekende, niet langer afhankelijk was van godsdienstige belijdenis. Men stond een burgerschap voor, voor allen gelijk, een „état civil”, los van de godsdienst, niet afhankelijk van enig sacrament, hetzij doopsel, hetzij sacrament van het huwelijk.² Gelijke rechten om te trouwen eiste men voor alle burgers van welke gezindte ook. De contractsleer bood daartoe de mogelijkheid; de eis van het sacrament, de kerkelijke rechtsvorm behoefde slechts te vervallen.

Rousseau kan het niet aanzien, dat het de clergé ener „religion intolérante” wordt overgelaten „qu'il disposera seul des héritages, des charges, des citoyens de l'État même, qui ne saurait subsister n'étant plus composé que de bâtards”.³

De eis, dat men de huwelijke staat als „état civil” zal kunnen verkrijgen buiten de bemoeiing van de godsdienst om, wordt in Frankrijk het eerst gesteld ten gunste der Protestanten, die sedert 1740 niet geldig meer konden trouwen, tenzij ze in een soort gedwongen hypocrisie deelnamen aan een kerkelijke gebeurtenis, waarbij geloof en hart afwezig waren.⁴ Men vraagt om toepassing der contractsleer, de abstractie van het sacrament ten behoeve van een aanzienlijke groep van onderdanen van de Franse staat. We zagen hiervóór reeds, dat Le Ridant in een geest van verdraagzaamheid de opheffing van de kerkelijke rechtsvorm voorstaat. Men vraagt niet, dat de Katholieke geestelijkheid tegen haar geweten in zal meewerken aan de totstandkoming van een huwelijk, de toediening van een sacrament, maar wel houdt men het er voor, dat - al moge eerbiediging geeist worden van de kerkelijke inzichten wat betreft de „administration des sacrements de baptême et de mariage aux nouveaux-convertis”, - het publieke algemene belang een wet eist om de burgerlijke staat van een groot aantal onderdanen van de koning veilig te stellen.⁵

² TURGOT, Oeuvres, éd nouvelle (éd E Daire), Paris, 1844, Tome II, p. 698-699: „Je ne prétends pas obliger les évêques à donner un sacrement malgré eux, c'est un bien dont je leur laisserai toujours l'administration, mais je voudrais que ce ne fût ni le sacrement de baptême, ni celui de mariage qui fixât l'état des citoyens”.

³ Contrat social, l. IV, ch. VIII, vgl. A. GAIRAL, Le mariage civil et le mariage religieux, in: Revue catholique des institutions et du droit, 14e Vol., Paris, 1880, p. 266, die een uitvoerige uiteenzetting geeft van ROUSSEAU's opvattingen over het huwelijk.

⁴ Zie hierboven p. 41-42.

In de tweede helft van de achttiende eeuw verschenen tal van geschriften, waarin uit overwegingen van tolerantie om een oplossing werd gevraagd voor het probleem van de huwelijken der Protestanten, vgl. FRIEDBERG, p. 542 vlg. Zie ook VOLTAIRE, Dictionnaire philosophique, Mariage, sect. 3, die er op wijst, dat de Protestanten slechter behandeld worden dan de Joden, die volgens hun eigen ritus - ook burgerlijk geldig - kunnen trouwen.

⁵ Aldus MARECHAL DE RICHILIEU, de tekst wordt vermeld door C. G. DE MALESHERBES, Mémoire sur le mariage des protestants, 1785 (eerste mémoire), p. 116.

Bij edict van 28 November 1787 van LODEWIJK XVI wordt het vereiste van kerkelijke huwelijksvorm voor niet-Katholieken opgeheven. De artikelen 14, 16 en 17 van het edict vestigen een „déclaration du mariage”, welke ter keuze van partijen zal kunnen plaats hebben hetzij voor de pastoor te zijnen huize, hetzij voor de burgerlijke rechter.⁶

Het zuiver exclusief burgerlijk huwelijk wordt door het edict nog niet ingesteld. Eerstens heeft de facultatief burgerlijke vorm slechts betrekking op de huwelijken van niet-Katholieken; vervolgens is die vorm ook voor die groep van onderdanen niet obligatoir. Het edict is een eerste officiële erkenning van de Franse wetgever van de theorie van de onafhankelijkheid van het contract, zoals die door de Franse auteurs reeds langer dan een eeuw was verkondigd en een veertig jaar tevoren door Le Ridant ten behoeve van de Protestanten ter realisatie was aanbevolen. Het edict is een erkenning van de idee, dat de burgerlijke stand niet per se afhankelijk behoeft te zijn van het huwelijks sacrament.

Aan het edict moet, zo lijkt ons, niet de uitleg worden gegeven, dat partijen de keuze hebben tussen „contract zonder meer, d.i. zonder sacrament” en „contract mét sacrament”. Ook wat ten huize van de pastoor geschiedt is voor de staat louter het sluiten van de overeenkomst, die op zich, d.w.z. los van het sacrament, als huwelijk zal gelden. De pastoor, die niet in een óók kerkelijke kwaliteit doch slechts als staatsambtenaar optreedt, moet het huwelijk „in naam van de wet” voltrokken verklaren.⁷ Dat kan niet anders betekenen, dan dat hij het contract in „ontvangst” moet nemen. Bovendien geldt niet de eis, dat het huwelijk „in facie Ecclesiae” moet voltrokken worden, terwijl ook het voorschrift van de „bénédiction nuptiale” ontbreekt, waarin o.a. volgens Le Ridant de sacramentaliteit was gelegen.

II. DE SECULARISATIEPOLITIEK VAN JOSEPH II.

Reeds voordat de Franse wetgever in zijn edict van 1787 uit overwegingen van tolerantie, welke naar kerkelijke leer zo nodig van de Kerk had moeten uitgaan,⁸ voor het eerst officieel partij koos voor de civilistische contractleer, heeft de verlichte despoot JOSEPH II van Oostenrijk in 1783 voor de Oostenrijkse landen en het jaar daarop voor de Zuidelijke Nederlanden de leer, volgens welke de van het sacrament gescheiden overeenkomst volledig be-

⁶ Edit concernant ceux qui ne font pas profession de la religion catholique, ISAMBERT, tome XXVIII, p. 472-482, artikel 17: „Pour faire ladite déclaration, les parties contractantes se transporteront, assistées de quatre témoins en la maison du curé ou vicaire du lieu où l'une desdites parties aura son domicile, ou en celle dudit juge, et y déclareront qu'elles se sont prises et se prennent en légitime et indissoluble mariage, et qu'elles se promettent fidélité”

⁷ Artikel 18 van het edict. „Ledit curé ou vicaire, ou ledit juge déclarera aux parties, au nom de la loi, qu'elles sont unies en légitime et indissoluble mariage ...”

⁸ In dit verband moge melding worden gemaakt van de Declaratie van 4 November 1741 van Paus BENEDICTUS XIV, waarin verklaard werd, dat de huwelijken, door Protestanten in de Nederlanden gesloten, zonder inachtneming van de vorm van Trente, geldig waren, Declaratio SSmi D.N. Benedicti XIV cum instructione super dubiis respicientibus matrimonia in Hollandia et Belgio contracta et contrahenda, volgens JOYCE, p. 131, moet deze declaratie niet beschouwd worden als een bijzondere, voor de Nederlanden geldende dispensatie, doch als een gezaghebbende verklaring van een kerkelijke wet

hoort tot de competentie van de burgerlijke overheid, in zijn wetgeving toegepast.

De gedachte, dat de huwelijksovereenkomst onder de regelingsbevoegdheid valt van de vorst, was in de 18e eeuw buiten Frankrijk ook in de Duitse landen wijd verbreid. De Benedictijn Dom. Benedict Oberhauser, die canonic recht doceerde te Trier, gaf een serie vlugschriften uit, waarin hij een theorie verkondigde, welke grotendeels overeenkwam met die van Launoy, aan wiens werk hij met graagte argumenten ontleende.⁹

Die doctrine past wel zeer goed in het febroniaans streven van de Oostenrijkse keizer om de Kerk in het Habsburgse Rijk tot een tak van publieke dienst te maken, haar geheel te doen afhangen van de staat.

In zijn Patent over het huwelijk van 16 Januari 1783 onttrekt hij de kennisneming van huwelijkszaken aan de kerkelijke jurisdictie en wijst die ter berechting toe aan de wereldlijke rechtbanken: „Die Ehe an sich selbst, als ein bürgerlicher Vertrag (Contract) betrachtet, wie auch die aus diesem Verträge herfliessenden und den Vertrag errichtenden gegeneinander zustehenden bürgerlichen Gerechtsame und Verbindlichkeiten erhalten ihre Wesenheit, Kraft und Bestimmung ganz und allein von unseren landesfürstlichen Gesetzen: die Entscheidung der hierüber entstehenden Streitigkeiten gehört also für unsere landesfürstliche Gerichtsstellen“. Een burgerlijke vorm wordt niet ingevoerd, die van het Concilie van Trente wordt gehandhaafd. Doch zij wordt gezien als een instelling van de staat, de pastoor als een staatsambtenaar.¹⁰

Een overeenkomstige beslissing wordt door de wet van 28 September 1784 genomen voor de Zuidelijke Nederlanden; ook zij baseert zich op de theorie van het onderscheid van overeenkomst en sacrament: „Het huwelijk geconsidereert als een Contract civil, de gerechtigheden en de civile banden die daer uyt voortkomen, hunne wezenthed, hunne kracht, en hunne bepaelinge teenemael en eeniglyk houdende van de civile oppermagt, zoo moet de kennis en de decisie van de geschillen die betrekkelyk zyn tot deze vorwerpen en tot al het gene de zelve is raekende, exclusivelyk toe behooren aen de weirelyke Tribunaelen“. ¹¹ De toestemming der ouders was voor de huwelijken van minderjarigen op straffe van nietigheid vereist; door de burgerlijke rechter kon van dit voorschrift worden gedispenseerd, zoals ook de burgerlijke rechter ontheffing kon verlenen van de eis der huwelijksafkondigingen. Evenals in de wet van 1783 hield men voor de huwelijksvorm vast aan de aanwezigheid van pastoor en getuigen. Uit de genoemde bepalingen blijkt evenwel duidelijk, dat ook in het besluit van 1784 de pastoor meer werd gezien als burgerlijk functionaris dan als vertegenwoordiger van de Kerk.

⁹ B. OBERHAUSER, *Systema historico-criticum divisarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium* Francofurti, 1771.

¹⁰ Vgl. FRIEDBERG, p. 142 vlg.

¹¹ Vgl. FRIEDBERG, p. 583 vlg.

§ 2. DE FRANSE REVOLUTIE EN DE CODE CIVIL.

1. DE FRANSE REVOLUTIE; DE WET VAN SEPTEMBER 1792.

De eigenlijke, volledige secularisatie van het huwelijk is verwezenlijkt door de Franse revolutie.

Aan de reeds bestaande étatistische leer van onafhankelijkheid en burgerlijkheid van de huwelijksovereenkomst voegde de Revolutie haar eigen specifiek achttiende-eeuwse opvattingen over de verhouding tussen kerk en staat toe. Uit de gedachte van vrijheid en gelijkheid, van „liberté de conscience et des cultes”¹² leidde zij af een scheiding tussen de „institutions civiles” en „institutions religieuses”.¹³ Zoals we zullen zien leidden deze gedachten samen met de contractleer rechtstreeks tot de burgerlijke huwelijksvorm.

Op het beginsel van vrijheid en gelijkheid schijnt, nu voor het huwelijk van Katholieken, bij de Constituante voor het eerst een beroep te zijn gedaan door de toneelspeler TALMA. Bij request wendt hij zich tot de „Assemblée” en hij beklaagt zich erover, dat de pastoor van Saint Sulpice hem het ontvangen van het sacrament van het huwelijk weigert (en hem daardoor het trouwen onmogelijk maakt), omdat hij het beroep van toneelspeler uitoefent. Op 12 Juli 1790 wordt zijn klaagschrift in de Constituante voorgelezen; het wordt in handen gesteld van de „Comités ecclésiastique et de Constitution”, in welke eerste o.a. Durand de Maillane zitting heeft.

De 12e Juli van hetzelfde jaar is voor ons onderwerp nog om een andere reden belangrijk, niet direct, doch wel indirect. Op die dag werd de „Constitution civile du clergé” aangenomen. Voortaan zouden slechts de voor de „prêtres assermentés” gesloten huwelijken in de ogen van de staat erkenning vinden. De Katholieken, die van de schismatieke kerk niet willen weten en trouw blijven aan de ene Kerk van Rome, kunnen derhalve niet geldig meer huwen, daar zij zich volgens het kerkgezag niet tot de staatspriester mogen wenden. Thans zijn zij het, die hun huwelijk aangaan „au désert”. Merkwaardigerwijze komen deze Katholieken in dezelfde positie te verkeren als de Protestanten vóór 1787. Zo zij hun niet-schismatieke pastoor nog konden bereiken, konden zij ten overstaan van hem nog in de Trentse vorm het huwelijk aangaan. Vele Katholieken waren echter van hun geldige pastoor beroofd en konden daarom de bepalingen van het Concilie van Trente niet in acht nemen.¹⁴ Kerkrechtelijk werd hun moeilijkheid aldus opgelost, dat zij in het geheim alléén in het bijzijn van getuigen hun huwelijk aangingen; de Trentse bepalingen werden te hunnen aanzien niet van toepassing geacht, omdat ze „non possunt omnino parochum legitimum

¹² „Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi”, artikel X van de „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen”.

¹³ PORTALIS in zijn genoemd „Exposé des motifs”: „Sous l'ancien régime les institutions civiles et les institutions religieuses étaient intimement unies. Les magistrats instruits reconnaissaient qu'elles pouvaient être séparées; ils ont demandé que l'état civil des hommes fût indépendant du culte qu'ils professaient”, FENET, Tome 9, p. 141.

¹⁴ DANIEL, p. 150.

habere".¹⁵ Burgerlijk werden deze huwelijken echter niet als geldig erkend: nòch die welke voor de Rooms Katholiek-kerkelijk geldige pastoor waren aangegaan, nòch die welke slechts in het bijzijn van getuigen waren gesloten. Ter oplossing dier „burgerlijke” moeilijkheid gingen sommige Katholieken een „contrat civil” aan voor een notaris, al had dit contract in hun eigen ogen geen enkele waarde als huwelijk. Zo stelden de Katholieken noodgedwongen eigener beweging een soort burgerlijk huwelijk in, nog vóórdat de staat het aan allen oplegde.¹⁶

De gemeente Parijs is het, die in Mei 1791 de ernstige gevolgen van deze toestand bij monde van haar „maire” onder de aandacht van de Constituante brengt en met een beroep op de in de „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen” gegarandeerde gewetensvrijheid wordt - nu ten behoeve van de Katholieken! - gevraagd, dat de wet de functies zal scheiden, die tot dan toe in handen der Katholieke priesters berustten. Het wordt nodig geoordeeld, dat een burgerlijk ambtenaar in een vorm, die in overeenstemming zou zijn met alle godsdienstige belijdenissen, zal ontvangen de „déclarations de naissance, de mariage et de mort”.¹⁷

De „Assemblée” vond in de door de burgemeester voorgelezen petitie aanleiding om onmiddellijk over te gaan tot bespreking van een rapport over het huwelijk en de akten van de burgerlijke stand, dat door de „Comités ecclésiastique et de Constitution” onder leiding van Durand de Maillane was opgesteld. Het is de geest van Le Ridant, die Durand de Maillane en de zijnen leidt: „Le mariage peut subsister et doit même subsister comme contrat civil. . . . indépendamment de la bénédiction ecclésiastique, qui en fait un sacrement”.¹⁸ Voorgesteld wordt een burgerlijke huwelijksvorm, de sluiting van het huwelijk voor een burgerlijk ambtenaar. Op deze wijze scheen in de gegeven omstandigheden de gewetensvrijheid het best gewaarborgd, terwijl de opvattingen van gelijkheid, gelijkheid ook van het recht op een „état civil”, onafhankelijk van een godsdienstige belijdenis, tot de instelling van een uniforme rechtsvorm schenen te moeten leiden.

Over Durand de Maillane's voorstel sprak men geen definitief oordeel uit. Men besloot tot verdaging der beraadslagingen. Maar toen tijdens de discussies over de constitutie Desmeuniers voorstelde in de constitutie het beginsel op te nemen, dat voor de geldigheid van het huwelijk als overeenkomst het huwelijks sacrament niet behoefde te worden ontvangen, vond dit beginsel algemene aanhang. Deze uitleg moet men immers geven aan het bekende artikel 7 van de 2e titel van de Constitutie van 1791: „La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira

¹⁵ Vgl. GASPARRI, *Tractatus*, ed. 3a, Parisius, 1904, nos 1171-1172, p. 193-194, JOYCE, p. 131, die een breve van 1791 van Paus PIUS VI, gericht aan de Franse bisschoppen, aanhaalt.

¹⁶ VIOLLET, p. 429-430, artikel 9 (uttre IV, sect IV) van de nog te vermelden wet van 20-25 September 1792 schijnt die voor de notaris voltrokken huwelijken als geldig te beschouwen.

¹⁷ *Moniteur universel* van 17 Mei 1791, p. 566

¹⁸ DURAND DE MAILLANE, commissaire du Comité ecclésiastique, *Rapport sur le projet de décret des Comités Ecclésiastique et de Constitution, concernant les empêchements, les dispenses et la forme des mariages*, in *Procès-verbal de l'Assemblée nationale*, Tome 55, no. 653.

pour tous les habitans sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes".¹⁹ Historisch betekent het artikel een doorsnijden van de formele band, welke Kerk en staat nog verenigde, de opheffing van de kerkelijke vorm, de erkenning van de vrijheid het contract te kunnen sluiten zonder tevens het sacrament te moeten ontvangen. Frankrijk spreekt in het artikel uit, dat het voor de verkrijging van de burgerlijke staat indifferent is, of ook het sacrament wordt toegediend. In de huwelijksmaterie verklaart de Franse staat zich onafhankelijk van de Kerk, het huwelijk onafhankelijk van het sacrament. Frankrijk krijgt een eigen staats-huwelijk, los van de godsdienst.

Voor Talma's moeilijkheden was de oplossing gebracht, men kon trouwen zonder afhankelijk te zijn van de kerkelijke bereidwilligheid tot toebedeling van het sacrament. Naar de gelijkheidsideologie was het consequent, van de rechtzinnigen in de Kerk niet meer te eisen dan van de Protestanten, voor wie het burgerlijk huwelijk reeds vier jaren mogelijk was.

Volgens de letter van de Constitutie ware het naar Oostenrijks voorbeeld nog mogelijk geweest de bedienaren van de godsdienst als ambtenaar van de burgerlijke stand te doen optreden. Tijdens de beraadslagingen werd zulks tegenover een bisschop-afgevaardigde, die de huwelijksmaterie aan de kerkelijke invloed zag ontglippen, door Lajumais erkend.²⁰ De strekking van de Constitutie is echter duidelijk, door een burgerlijke wijze van huwelijks-voltrekking de gewetensvrijheid te waarborgen.

De Legislatie heeft ook niet anders dan aan een burgerlijke huwelijksvorm gedacht, met uitzondering van een enkele afgevaardigde, die uit overwegingen van opportuniteit voor enige tijd bij wijze van overgang een facultatief burgerlijke vorm voorstond naast de kerkelijke.

Op 15 Februari 1792 werd het voorstel van wet, opgesteld door het daarmede in November 1791 belaste „Comité de Législation" aan de Législative ter behandeling aangeboden. Het bevatte het plan tot invoering van het burgerlijk huwelijk, te voltrekken voor een burgerlijk ambtenaar „La constitution appelle (le mariage) un contrat civil", zegt rapporteur Murrer, „et c'est d'après ce texte que je raisonne. Ses bases tiennent uniquement au droit civil et naturel, et il faut bien se garder de confondre le contrat et le sacrement. . . . Le sacrement a bien pu être lié au contrat; mais il n'est pas de l'essence du mariage. . . . (Le mariage) n'est donc qu'un contrat civil; et si c'est un contrat, c'est à la puissance séculière à en régler les formes . . .". Hier wordt voor de burgerlijke wetgeving een beroep gedaan op de leer van de gescheidenheid van contract en sacrament, de leer „que le sacrement (n'est) dans le contrat qu'un simple accessoire".²¹

De gedachte is mede, de functies van kerk en staat zo te scheiden, dat de

¹⁹ Moniteur universel van 28 Augustus 1791, p. 996

²⁰ Moniteur universel van 28 Augustus 1791, p. 996 „cette loi n'empêche pas qu'on ne laisse ces fonctions entre les mains des ecclésiastiques

²¹ Moniteur universel van 16 Februari 1792, p. 191

bedienaren van de godsdienst zich zullen hebben te beperken tot de kerkelijke bediening; de staat moet zich ontdoen van de kerkelijke invloed „dont on a trop senti les dangers”. Het rapport van Durand de Maillane sprak zich al hiervoor uit. François de Neufchateau vond het plan van het „Comité de Législation” prematuur. Met het beginsel was hij wel eens, doch: „le peuple n'est pas encore philosophe”. Slechts langzamerhand moest men het volk ermee vertrouwd maken, dat men alleen als Christen tot de Kerk behoorde, „comme homme... à la société”.²² Toch was het onder de gegeven omstandigheden met de „Constitution civile du clergé” onmogelijk de Katholiek de keuze te laten tussen de pastoor en de burgerlijke ambtenaar, zoals de Neufchateau wilde. Dit zou zijn neergekomen op een toch wel niet gewilde depreciatie van die „Constitution civile”, terwijl het strijdig moest worden geacht met de gelijkheidsidee om aan de aanhangers van de Frans Katholieke kerk wél een facultatief kerkelijk huwelijk toe te staan en aan de niet-schismatieke Katholieken niet.

In September van dat jaar kreeg de zaak haar beslag: de secularisatie van het huwelijk werd een feit. De artikelen 1 tot en met 9 van de 4e sectie van de wet van 20 September 1792 vestigen het obligatoir burgerlijk huwelijk, te sluiten ten gemeentehuize voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, die na wederzijdse verklaring van partijen, dat zij elkaar tot echtgenoten nemen, in naam van de wet verklaren zal, dat zij in het huwelijk zijn verenigd.²³ Men bleef uiteraard vrij ook het sacrament te ontvangen, terwijl geen verplichting bestond het burgerlijk huwelijk aan de huwelijkszegen door de priester te doen voorafgaan.

Een deel der schismatieke geestelijkheid beschouwde de sluiting van het „contrat civil” voor de ambtenaar van de burgerlijke stand als het werkelijke huwelijk, waaraan door de „bénédiction nuptiale” het sacrament werd toegevoegd. Degenen echter, die - terecht - de zakelijke gescheidenheid van overeenkomst en sacrament afwezen, erkenden de „déclaration de mariage” voor de ambtenaar van de burgerlijke stand niet als een geldig huwelijk,²⁴ doch slechts het huwelijk, dat „in facie Ecclesiae” werd aangegaan.

Wat stond echter de trouwgebleven Katholieken te doen? De niet-schismatieke geestelijkheid maande hen aan om eerst het kerkelijk-geldige huwelijk aan te gaan, hetzij - zo mogelijk - voor de niet-schismatieke pastoor, hetzij - zo die ontbrak - alleen in het bijzijn van getuigen. Daarnà, maar ook eerst daarnà, mochten zij de „déclaration de mariage” afleggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, als door de staat voor de geldige totstandkoming van een huwelijk vereist. Wel zou, als partijen niet konden „parochum legitimum habere”, het door man en vrouw voor de ambtenaar van de

²² Moniteur universel van 18 Maart 1792, p. 321.

²³ L. RONDONNEAU, Collections des lois françaises etc., Tome 3, Paris, 1811, p. 858 vlg., artikel 6: „Aussitôt après cette déclaration faite par les parties (art. 5: dat zij elkaar aannemen tot echtgenoten) l'officier public en leur présence et en celle des mêmes témoins, prononcera au nom de la loi, qu'elles sont unies en mariage”.

²⁴ Uitgezonderd natuurlijk het geval in de volgende alinea vermeld; maar dat niet, omdat het voor de ambtenaar van de staat wordt gesloten.

burgerlijke stand in het bijzijn van getuigen gegeven ja-woord het kerkelijk geldig huwelijk effectueren, doch deze handelwijze was ongeoorloofd.²⁵ Dit zou immers de schijn meebrengen en partijen wellicht doen menen, als zou de Kerk het voor de staat gesloten huwelijk als kerkelijk geldig erkennen, omdat het voor de ambtenaar van de staat werd gesloten.

Er zijn voortaan twee huwelijken, een voor de staat en een voor de Kerk; het huwelijk voor de Kerk is geen huwelijk voor de staat, dat voor de staat geen voor de Kerk. Katholieken, die hun burgerlijke staat willen veiligstellen en ook kerkelijk gebonden willen zijn in het huwelijks sacrament, moeten derhalve tweemaal „trouwen”. Het door beide, Kerk en staat, geregelde huwelijk heeft plaats gemaakt voor twee huwelijken, terwijl de geldigheidsvereisten onderling kunnen verschillen, alsmede de mogelijkheden van ontbinding.

De Franse Revolutie heeft het contractuele karakter van het huwelijk overschat. Werd door de auteurs van het „ancien régime” op de huwelijksvereenkomst een beroep gedaan om daardoor de staatsmacht ook met betrekking tot de huwelijksband te rechtvaardigen, de Revolutie heeft in die contractuele aard als consequentie gezien de ontbinding van het huwelijk, zodra de consensus kwam te ontbreken. De Franse Revolutie zag in het huwelijk geen organische eenheid; zij zag slechts individuen, die door een contract van het gemene recht in een familie werden gegroepeerd. Weliswaar heeft de Constituante met artikel 7 van de constitutie niet bedoeld, dat de secularisatie van het huwelijk noodzakelijk en consequent moest meebrengen de ontbindbaarheid van het huwelijk, doch een zeer grote groep van afgevaardigden in de Législative heeft dat artikel wel zo geïnterpreteerd, waartegen overwegingen van godsdienstige aard niet mochten worden aangevoerd. Want al wilde de Assemblée wel de godsdienstige inzichten respecteren, dit betekende niet, dat de wetgeving onder invloed van de godsdienst mocht komen te staan.²⁶

Proclameerde de „Déclaration des droits de l'homme et du citoyen” neutraliteit op godsdienstig gebied en mochten uit dien hoofde geen religieuze bezwaren tegen echtscheiding worden aangevoerd, bovendien verzette zich de natuurlijke onvervreembare vrijheid van de mens zich tegen een onontbindbaar huwelijk.

II. DE CODE CIVIL 1804.

De Code civil heeft het geseculariseerde huwelijk met een „célébration laïque”, verplichtend voor allen, gehandhaafd. Het werd in strijd geoordeeld met het beginsel van vrijheid van geweten en godsdienst, de Katholieken

²⁵ Vgl. noot 15, p. 70; aldus PAUS VI in zijn *Epistola ad Episcopum Lucionensem* van 28 Mei 1793; GASPARRI, ed. 3a, no. 1172, p. 193-194; DANIEL, p. 150-151.

²⁶ Vgl. OLIVIER MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire, 1789-1804*, Paris, 1901, p. 74 en de daar aangehaalde woorden van CAMBON.

obligatoir een kerkelijke huwelijksvorm op te leggen. Godsdienstige zaken waren verdrongen uit de publieke sfeer en werden van particuliere aard geacht. Zij werden overgelaten aan het persoonlijk inzicht van ieder der onderdanen. Degenen, die een werkzaam aandeel hebben gehad aan de voorbereiding en redactie van de Code civil, zoals BOUTEVILLE en PORTALIS, ontkennen het religieuze karakter van het huwelijk niet; zij betwijfelen ook niet, dat er een sacrament van het huwelijk bestaat. Zij menen echter, dat de staat de godsdienstige, sacramentele kant van het huwelijk moet negeren. Een godsdienstige handeling heeft buitendien alleen waarde, als zij voortkomt uit een innerlijk religieus verlangen er naar; zij mag niet van buitenaf door reglementen van een menselijke macht worden opgelegd.²⁷

Het huwelijk op zich is een „contrat civil”, als zodanig als ieder contract onderworpen aan de regeling van de staat. Het is een staatsaangelegenheid dus. De wetgever moet van dat huwelijk als „contrat civil” alles scheiden wat van bovennatuurlijke orde is. Hij mag in het huwelijk slechts het burgerlijk contract zien.²⁸

Nu had men met het behoud van het beginsel van vrijheid van geweten en godsdienst het kerkelijk huwelijk kunnen verenigen. Ter bereiking dier conciliatie ware het voldoende geweest, als men behalve aan het burgerlijk huwelijk ook aan het kerkelijke de burgerlijke gevolgen had toegekend. Maar dat denkbeeld was blijkbaar in 1804 niet mogelijk. Het scheen moeilijk zich een „liberté de conscience”, een „liberté des cultes” in te denken zonder de wet met betrekking tot het huwelijk geheel los te maken van de godsdienst.²⁹ Men wilde een „état civil”, onafhankelijk van de godsdienst, onafhankelijk van welke godsdienstige handeling ook. De wet mocht niet onderscheiden tussen Katholieken en niet-Katholieken. Voor haar waren er slechts burgers.³⁰ Deze neutrale houding ten opzichte van de godsdienst bracht voor haar mede een neutraal huwelijk. In die mentaliteit is het de staat niet mogelijk een godsdienstige handeling onder zijn instellingen op te nemen.

Inzake de secularisatie van het huwelijk stemden de wetgever van 1804 en die van 1792 overeen. Toch hadden zij een verrschillende opvatting van het huwelijk. Beschouwde de Revolutie het huwelijk als een burgerlijke overeenkomst, daarbij niet minder de nadruk leggend op „overeenkomst” dan op „burgerlijk”, de Code heeft het contractsidee van het „ancien régime” willen herstellen, met beklemtoning van vooral het burgerlijke karakter van het contract. In 1804 werd de contractsleer enkel gebezigd om theoretisch

²⁷ FENET, Tome 9, p. 198, BOUTEVILLE in zijn toespraak tot het Corps législatif: „Un sentiment, un acte religieux ne serait plus un sentiment, un acte vraiment religieux; il ne serait plus digne de l'être vers lequel il s'élève, s'il n'était pas l'émanation la plus libre de l'âme, s'il n'était qu'un acte d'obéissance à des règlements de la puissance humaine”.

²⁸ Aldus BOUTEVILLE; vgl. FENET, Tome 9, p. 198; zie ook J. M. E. PORTALIS, Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Concordat de 1801, gepubliceerd door VICOMTE FREDERIC PORTALIS, Paris, 1845, p. 90 vlg.

²⁹ LEREBOURS-PIGEONNIERE, p. 275 vlg.

³⁰ PORTALIS; vgl. FENET, Tome 9, p. 141-142.

de secularisatie te rechtvaardigen. Portalis ziet zelfs in het huwelijk op de eerste plaats het „matrimonium in facto esse”, de huwelijke staat, de gemeenschap van man en vrouw, al geeft hij daaraan ook de naam „contrat”.³¹ Wel bleef de echtscheiding bij onderling goedvinden behouden, maar zij veranderde van karakter. Naar de opvatting van de wetgever van 1792 was de mogelijkheid van „divorce par consentement mutuel” een uitvloeisel van de contractsnatuur van het huwelijk, evenals andere, vermogensrechtelijke, overeenkomsten bij onderling goedvinden ontbindbaar. Op die grond werd zij echter in 1804 niet gehandhaafd. De Conseil d'État was die soort scheiding zelfs vijandig gezind, doch NAPOLEON wendde al zijn invloed aan om het instituut te handhaven. Hij motiveerde zijn streven hiermede, dat - zoals Planiol Napoléon's mening formuleert - „le consentement mutuel n'était pas une cause de divorce, mais seulement la signe que le divorce était devenu nécessaire”.³² Het kon n.l. voorkomen, dat partijen in ieder geval wilden vermijden, dat de werkelijke gronden der scheiding openbaar werden tot schande en nadeel van henzelf, hun familie en de openbare zeden. De instelling vooronderstelde derhalve het reële bestaan van een echtscheidingsgrond, al zou men het bestaan daarvan ook niet voor de rechter behoeven aan te tonen.³³ Nochtans was wellicht het werkelijke motief van de Premier Consul, dat hij in de „divorce par consentement mutuel” een mogelijkheid zag van Joséphine de Beauharnais te worden gescheiden.

In tegenstelling tot het „ancien régime” bleef de echtscheiding op zich bestaan op die grond, dat de „liberté des cultes” zulks vereiste: „Il est des cultes”, zei Portalis, „qui autorisent le divorce; il en est qui le prohibent: la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user”.³⁴ En daar de Katholieke godsdienst scheiding van tafel en bed kende, moest deze worden ingevoerd.

De na-revolutionnaire wetgever in Napoleontische tijd is bij de invoering van het obligatoir burgerlijk huwelijk niet blijven staan.

Vóór 1804 nog heeft hij in de organieke artikelen van het Concordaat van 1801 de prioriteit van het burgerlijk huwelijk geeist, gesanctionneerd in de artikelen 199 en 200 van de Code pénal. „Ils (n.l. de pastoors) ne donneront la bénédiction nuptiale qu'à ceux qui justifieront en bonne et due forme

³¹ Vgl. FENET, Tome 9, p. 140 (het huwelijk) „c'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par de secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée.... Il était impossible d'abandonner ce contrat”.

³² PLANIOL-RIPERT, nos. 1151-1154, p. 407-408.

³³ PLANIOL-RIPERT, no. 1154, p. 408, vgl. ook MR L. E. H. RUTTEN, Het Echtscheidingsvraagstuk, praeadvies voor het Thijmgenootschap, 's-Gravenhage, 1948, p. 161-162.

Zie art. 233 C.c. (nog van kracht in België). Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

³⁴ FENET, Tome 9, p. 251 Vgl. JULIEN BONNECASE, La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille, ses destinées dans le droit civil contemporain, Paris, 1925, p. 101 vlg.

avoir contracté mariage devant l'officier de l'état civil", luidt 54 dier organieke artikelen. De Katholieken verloren dus niet alleen de burgerlijke erkenning van het kerkelijk huwelijk, doch moesten, vóór zij het huwelijks-sacrament konden ontvangen, eerst naar burgerlijke inzichten in een wettig burgerlijk huwelijk gebonden zijn. Met de hooggeroemde vrijheid van geweten lijkt dit moeilijk te rijmen. Het artikel is een uiting van een mentaliteit, die de Kerk ondergeschikt maakt aan de staat. Naar het Franse voorbeeld hebben wij deze eis van prioriteit in artikel 136 B.W. overgenomen, met de strafsanctie van artikel 449 Sr.

Op tweeërlei grond heeft Portalis, de redacteur van het artikel, dit verdedigd. Eensdeels is het de uitdrukking van de leer van Le Ridant, die door hem wordt aangehangen. Naar Portalis' inzicht moet de Kerk waken over de heiligheid van het sacrament, de staat over de geldigheid van het huwelijk. „Le principe religieux est que le sacrement bénit le mariage et que le contrat civil est tellement la matière du sacrement que le sacrement ne peut être administré s'il n'y a pas de contrat civil”;³⁵ „que le sacrement ne peut être appliqué qu'à un mariage contracté selon les lois; que la bénédiction nuptiale appliquée à un mariage qui n'existerait point encore serait un accident sans sujet, et qu'un tel abus des choses religieuses serait intolérable”.³⁶ Het moet dus z.i., omdat er geen sacrament kan zijn zonder contract, aan de priester verboden worden het sacrament toe te dienen, tenzij blijkt dat de burgerlijke huwelijksvoltrekking heeft plaats gehad. Dit was de theoretische rechtvaardiging van het voorschrift.

Het werkelijke motief was o.a. de vrees, dat men het als vroeger bij de kerkelijke huwelijksplechtigheden zou laten; hetzij, omdat men meende, dat men door kerkelijk te trouwen zoals in het „ancien régime” ook voor de burgerlijke wet gebonden zou zijn, hetzij, omdat men afkerig was van het wereldlijke huwelijk, er althans onverschillig tegenover stond. Over de tegen-

³⁵ FENET, Tome 8, p. 20-21

³⁶ PORTALIS, Discours, Rapports en Travaux inédits sur le Concordat, p. 90 vlg., dat PORTALIS de leer van LE RIDANT volgt (de burgerlijke overeenkomst op zich maakt het huwelijk geheel uit) moge behalve uit het in de tekst aangehaalde nog blijken uit de volgende citaten. „Si les ministres de l'église peuvent et doivent veiller sur la sainteté du sacrement, la puissance civile est seule en droit de veiller sur la validité du contrat. Les réserves et les précautions dont les ministres de l'église peuvent user pour pourvoir à l'objet religieux, ne peuvent dans aucun cas, ni en aucune manière influer sur le mariage même, qui est en soi un objet temporel”, vgl. FENET, Tome 9, p. 155 (Exposé des motifs). Wel geeft PORTALIS (Discours, Rapports et Travaux inédits etc., p. 90 vlg.) voor, dat hij de mening volgt van kanselier PONTCHARTRAIN (hiervóór p. 59, noot 55), maar aan die theorie van PONTCHARTRAIN geeft hij dan wel een bijzondere uitleg, welke de woorden van PONTCHARTRAIN zelf niet toelaten. Deze laatste stelt zich op het standpunt van de dubbele rechtsmacht, dat n.l. 1. n het huwelijk te scheiden zijn contract en sacrament, dat het huwelijk als sacrament aan de Kerk ter regeling is voorbehouden, en als overeenkomst aan de staat en bijgevolg „même par rapport à la validité du lien” aan de regelingen van beide, Kerk en staat, is onderworpen.

PORTALIS interpreteert PONTCHARTRAIN's mening aldus en geeft daardoor regelmatigheid die van hem zelf te kennen. „... Le chancelier de PONTCHARTRAIN, après avoir distingué le mariage d'avec le sacrement de mariage (n.b. ook LE RIDANT onderscheidt huwelijk en huwelijks-sacrament) établit que le mariage en soi est uniquement du ressort de la puissance civile, que la bénédiction nuptiale (het sacrament) appliquée à un mariage qui n'existerait point encore serait un accident sans sujet” het is dus het huwelijk, dat wordt gezegd. In de zitting van de Conseil d'état van 6 October 1801, tijdens welke de echtscheidingswet werd besproken (FENET, Tome 9, p. 249) zei PORTALIS „Quant au rite qui bénit l'union, il suppose le mariage”

stand tegen het burgerlijk huwelijk hebben de redacteuren van de Code zich geen illusies gemaakt; vandaar artikel 54 van de wet van 18 germinal an X. Men wilde ook vermijden, dat „gens simples” zouden worden misleid door de bedienaren van de godsdienst en daardoor hun burgerlijke staat zouden compromitteren.³⁷ De bepaling was niet alleen tegen de kwaadwillige geestelijkheid gericht, ook wilde men de meisjes beschermen tegen een bepaalde vorm van kwade trouw aan de zijde van de man: „Il arrivait souvent qu'un séducteur adroit conduisait devant un prêtre la personne qu'il feignait de choisir pour sa compagne, vivait maritalement avec elle, et refusait de paraître devant l'officier civil. Quand ce séducteur était fatigué d'une union qui lui devenait importune, il quittait sa prétendue femme et la livrait au désespoir. . .”.³⁸

§ 3. DE SECULARISATIE IN NEDERLAND.

I DE OUDE REPUBLIEK

Een volledig verburgerlijkt huwelijk in moderne zin, waarin iedere godsdienstige inslag per se moet ontbreken, hebben de gewesten der Oude Republiek nimmer gekend.³⁹ Want, al was trouwen volgens de Synode van Dordt dan ook „politijck”⁴⁰ en al hebben de reformatoren, als Calvijn en Luther, het huwelijk aan de wereldlijke gezagsdragers ter regeling aanbevolen, de overheden onzer landen beschouwden het huwelijk niet los van de godsdienst. Trouwens, ook naar de theologie der gereformeerde religie, tot staatsgodsdienst geproclameerd, was de wereldlijke overheid niet minder dan de particulier aan Gods Openbaring gebonden; zelfs moest volgens de Middelburgse kerkordening van 1581 de wereldlijke overheid voor de vaststelling harer huwelijksregelingen, als zodanig tot haar terrein behorend, advies inwinnen van de kerk.⁴¹ En al heeft de overheid een dergelijk recht der kerk

³⁷ Vgl. PORTALIS, Discours etc., p. 90 vlg. „Quelques théologiens ont cru et croient encore qu'il n'y a de véritables mariages que ceux qui sont faits en face d'Eglise. Cette erreur a des conséquences funestes. Il arrive en effet que des époux abusés ou peu instruits négligent d'observer les lois de la République, se marient devant le prêtre sans se présenter à l'officier civil, et compromettent ainsi, par des unions que les lois n'avouent pas, l'état de leurs enfants et la solidité de leurs propres contrats. Il est nécessaire d'arrêter ce désordre et d'éclairer les citoyens sur un objet duquel dépend la tranquillité des familles”, vgl. ook p. 273-274 en 284. Vgl. LOCRE, La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, Tome 30, Paris, 1832, Code pénal, p. 250, waar gezegd wordt, dat het motief van artikel 199 Code penal is een waarschuwing te zijn tegen de geestelijken, die hun medewerking tot de kerkelijke huwelijksplechtigheden willen verlenen, voordat het burgerlijk huwelijk is gesloten. Die geestelijken „compromettent évidemment l'état civil des gens simples, d'autant plus disposés à confondre la bénédiction nuptiale avec l'acte constitutif du mariage”.

³⁸ PORTALIS in Discours etc., p. 284.

³⁹ De gegevens voor de geschiedenis van het huwelijksrecht onder de Oude Republiek ontleenden wij hoofdzakelijk aan MR L. J. VAN APELDOORN, De historische ontwikkeling van het recht omtrent huwelijksluiting in Nederland, in Christendom en Historie, Lustrumbundel, Amsterdam, 1925, p. 67-182, van dezelfde schrijver Geschiedenis van het Nederlandsch huwelijksrecht, Amsterdam, 1925, MR S. J. FOCKEMA ANDREAE, Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis, 2 bundels, Haarlem, 1888-1889, men zie ook MR CORNELIS CAU, Groot Placaet-Boeck, 's-Gravenhage, 1658 vlg.

⁴⁰ Vgl. VAN APELDOORN, Geschiedenis, p. 165, noot 4.

⁴¹ Vgl. VAN APELDOORN, Geschiedenis, p. 73, noot 1.

als beginsel niet erkend, haar huwelijksordonnanties heeft zij wel door de gereformeerde opvattingen laten beïnvloeden. Soms bepaalde de overheid er zich toe de door de Gereformeerde kerk voor binnenkerkelijk gebruik vastgestelde trouwverordeningen „in foro civili” executoir te verklaren.⁴² Dan ging de kerkelijke invloed wel het verst, maar ook in de rechtstreeks van de overheid afkomstige regelingen is hij gemakkelijk aan te tonen.

Zo kende men verschil van belijdenis als huwelijksbeletsel. De in 1656 door de Staten Generaal voor de landen „staende onder de Generaliteyt” vastgestelde huwelijksverordening, het zgn. „Echt-Reglement”, bepaalde in artikel 50, dat de Christenen niet mochten trouwen met Joden, Mohammedanen en heidenen, een verbod, welks overtreding wel geen nietigheid van de echt, maar wel bestraffing tot gevolg had.⁴³ En artikel 51 verbood het kerkelijk huwelijk tussen gedoopten en niet-gedoopten.⁴⁴ Ook in Gelderland en Holland waren soortgelijke voorschriften van kracht met dit verschil dan, dat het huwelijk tussen een Christen en een Jood in Holland zelfs nietig werd geoordeeld.⁴⁵

Echtscheiding werd mogelijk gemaakt, maar slechts op de gronden, door de Gereformeerde theologie met een beroep op Mattheus⁴⁶ en Paulus⁴⁷ aanvaard.⁴⁸

Ook de huwelijksluiting was niet louter burgerlijk.⁴⁹ Veelal werd, nu eens exclusief, dan weer als beginsel - overigens met verschillende sanctie, nu eens nietigheid, dan weer bestraffing - de kerkelijke huwelijksbevestiging voorgeschreven. De invloed der Protestantse kerk was soms van die aard, dat een Protestantse kerkelijke huwelijksbevestiging voor allen, daaronder Katholieken begrepen, werd verplicht gesteld. Zo in Drente, waar in 1600 de huwelijksbevestiging voor de dominee, zij het niet op straffe van nietigheid, aan allen werd opgelegd. In de Resolutie van Drost en Gedeputeerden van 28 October 1608 werd aan allen, die in concubinaat leefden, geboden, zich tot de Gereformeerde predikant te wenden om zich te laten „copuleeren ende tsaemengeven”, alles op straffe van o.a. onterving van rechtswege der

⁴² H. J. HAMAKER, *Nederlandsche Jurisprudentie inzake echtscheiding*, in *Verspreide Geschriften*, verzameld door W. L. P. A. MOLENGRAAFF en C. W. STAR BUSMANN, Haarlem, 1911-1913, deel I, p. 385.

⁴³ „Echt-Reglement over de Steden ende ten platten Lande, inde Heerlijckheden, ende Dorpen, staende onder de Generaliteyt, In date den 18 Martij 1656”, *Groot Placaet-Boeck*, deel II, 's-Gravenhage, 1664, kol. 2429-2448, artikel 50, kol. 2439-2440.

⁴⁴ Artikel 51, kol. 2440.

⁴⁵ Vgl. VAN APELDOORN, *Geschiedenis*, p. 164-168.

⁴⁶ V, 32, XIX, 9.

⁴⁷ I, Cor. VII, 15.

⁴⁸ De gronden van echtscheiding waren alleen overspel en kwaadwillige verlating, vgl. BLECOURT, p. 72, VAN APELDOORN, p. 184 vlg.

⁴⁹ Anders MR DR TH. KEULEMANS O.C.M., *De paradox der echtscheiding*, praeadvies voor het Thijmgenootschap, 's-Gravenhage, 1948, p. 74, die het voorstelt, als zou als gevolg der Calvinistische theologie in 1656 voor alle gewesten een obligatoir burgerlijk huwelijk zijn ingevoerd. Ten onrechte o.i., aangezien het Echt-Reglement der Staten Generaal van 1656, hetwelk Keulemans op het oog schijnt te hebben, voor de generaliteitslanden werd vastgesteld, zoals we hierboven (vgl. noot 43) zagen. De gewesten waren souverain elk in eigen gewest het huwelijk naar eigen inzicht te regelen.

kinderen, die als bastaarden zouden gelden.⁵⁰ Ook in Zeeland werd - zonder essentieel vereiste te zijn - de kerkelijke bevestiging voor de Protestantse predikant ook aan Katholieken voorgeschreven.⁵¹

Een vorm van burgerlijke huwelijkssluiting hebben gekend Holland, Gelderland, Friesland, Overijsel, Utrecht en de Generaliteitslanden. Doch deze was niet obligatoir; men kon kiezen tussen bevestiging voor de magistraat of in de kerk. De burgerlijke vorm werd echter geenszins in het leven groepen door een mentaliteit van étatisme, doch ten gerieve der dissenters door „tollerantie ende tot naerder dispositie” toegestaan, zoals een Fries Plakkaat van 1586 zegt.⁵² Voor Holland gold de Politieke Ordonnantie van 1 April 1580,⁵³ welke op straffe van nietigheid⁵⁴ trouwlustigen zowel voor de huwelijksafkondigingen als de huwelijksvoltrekking naar de dominee of de magistraat verwees.

In de Generaliteitslanden schijnt men de Katholieken tot 1656 te hebben toegestaan voor de R.K. priester te trouwen. Uit een plakkaat der Staten-Generaal van 3 Februari 1643 „jegens het onordentelijck trouwen der Priesteren in Brabant” blijkt althans, dat men zich voor het huwelijk ook tot de R.K. geestelijke kon wenden. Het wordt de priesters echter slechts vergund aan de huwelijksvoltrekking mee te werken, de „trouwe te solemnisieren”, als hun „bij wettelijke attestatie, ofte van de Kercken-Dienaers” is gebleken, dat de afkondigingen hebben plaats gehad. Zou de geestelijke aan de huwelijksvoltrekking meewerken, zonder dat aan die voorwaarde was voldaan of zonder dat de ouders in het huwelijk toestemden, dan was het huwelijk „onwettelijk, nul ende van onwaerden”.⁵⁵ Vanaf 1656 gold voor het gehele Generaliteitsgebied het Echt-Reglement. Voortaan mocht men zich niet meer, noch voor de afkondigingen, noch voor het huwelijk zelf, tot de R.K. geestelijke richten, doch kon men slechts trouwen voor de predikant der Gereformeerde religie of voor het gerecht, terwijl de huwelijksafkondigingen moesten geschieden door de „Magistraeten, Commisseries vande Houwelijksche saecken, ofte Kercken-Raden”. Wel werden de huwelijken, die op andere wijze zouden worden aangegaan, niet met zoveel woorden nietigverklaard, maar artikel 42 bepaalde wel, dat degenen, die, zonder in een der door het Echt-Reglement voorgeschreven vormen te zijn getrouwd, zouden samenwonen, als schuldig aan concubinaat zouden worden gestraft.⁵⁶

⁵⁰ VAN APELDOORN, Geschiedenis, p 104-105

⁵¹ Een uittreksel uit de Politieke Ordonnantie van Zeeland van 8 Februari 1583 in: Groot Placaet-Boeck, deel III, 's-Gravenhage, 1683, kol 508-510 (artikelen VI-XXIII), zie art VI, kol 508 „Dat wie hun voortaan nae de publicatie van dezen ten Houwelijcke ofte in Echten staet sullen willen begeven, sullen gehouden zijn te compareeren voor die van den Kercken-Raedt van den Steden ende Plaetsen haerder residentie”.

⁵² VAN APELDOORN, Geschiedenis, p 101

⁵³ In Groot Placaet Boeck, deel I, s-Gravenhage, 1658, kol 330 vlg, artikelen I-XIII (ook in deel III, kol 502 vlg Artikelen I-XIII).

⁵⁴ Artikelen III en XIII

⁵⁵ Placaet van 1643 in Groot Placaet-Boeck, deel I, kol 359-362

⁵⁶ Groot Placaet-Boeck, deel II, kol. 2429 vlg, vgl. artikelen I, III en XXVII.

II. DE PERIODE VAN 1795 TOT 1838.

De van Franse zijde geproclameerde vrijheids- en gelijkheidsideologie, in onze streken geïmporteerd, deed de onbloedige revolutie van 1795 op 31 Januari van dat jaar al in de „Publicatie behelzende de erkenning en verklaring der rechten van den mensch en van den burger”⁵⁷ de natuurlijke rechten van alle mensen, bestaande o.m. in gelijkheid en vrijheid, op de voorgrond stellen. De proclamatie laat ieder de vrijheid God te dienen zoals hij wil of niet wil. Evenals in Frankrijk, wordt de religie teruggedrongen van het openbare leven en tot een zaak van individuele aard bestempeld. Alle kerkelijke belijdenissen zijn de staat om het even. De staat beperkt zich voortaan tot bescherming en eerbiediging daarvan. Een eigen staatsgodsdienst belijdt hij niet meer. In het decreet van de Nationale Vergadering van 5 Augustus 1796 roept de Nederlandse staat zich uit tot a-religieuze staat.⁵⁸ De Provisionele Representanten hebben echter niet steeds overal deze beginselen in wettelijke regelingen weten te realiseren. Holland had wel op 7 Mei 1795 het burgerlijk huwelijk, uniform voor allen, ongeacht godsdienstige belijdenis, ingevoerd, doch Friesland koos in 1796 nog de facultatieve huwelijksvorm, hetzij kerkelijk hetzij burgerlijk, zij het, dat thans de kerkelijke vorm niet meer tot de Gereformeerde beperkt bleef. Dit is begrijpelijk, nu bij het wegvallen der bevoorrechtiging van de Gereformeerde kerk als staatskerk geen grond meer bestond voor haar privileges ten aanzien van het huwelijk.⁵⁹ Het „Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland” bepaalde, dat het huwelijk door bevestiging van de daartoe bevoegde plaatselijke autoriteit diende te worden voltrokken (artikelen 130 en 131). Van 1810 tot 1838 werd het huwelijk geregeld door de Code Napoléon.

III. HET BURGERLIJK WETBOEK.

Nadat Nederland zijn vrijheid had herkreken, had het zich te bezinnen op een eigen nationale huwelijkswetgeving.

Welke beginselen liggen aan onze wetgeving ten grondslag?

Zoals bekend, werd het Franse huwelijksrecht, neergelegd in de Code civil, tot uitgangspunt van eigen nationale wetgeving genomen. Uit de beraadslagingen, zoals Voorduin⁶⁰ ons die biedt, blijkt duidelijk, dat onze burgerlijke wetgever zich met betrekking tot de huwelijksmaterie door geen andere concepties heeft laten leiden dan de Franse, waarvan de Code civil de neerslag vormt: scheiding van huwelijksvereenkomst en huwelijkszeggen, huwelijkswijding; de totstandkoming van de huwelijksvereenkomst geldt voor

⁵⁷ MR G. W. BANNIER, *Grondwetten van Nederland*, Zwolle, 1936, p. 13 vlg.

⁵⁸ BANNIER, p. 35.

⁵⁹ VAN APeldoorn, *Geschiedenis*, p. 124 en de daar in noot 7 aangehaalde passage uit de considerans, waar gezegd wordt: „dat de solemnisatie van het huwelijk, met hetgeen daartoe behoort, aan de zoogenaamde publicque Kerk bij uitsluiting, als een voorregt tot heeden toe is verbleeven, oogenscheinlijk aanlopende tegen de gelijkheid en vrijheid, die ook ten deezzen opzichte onwederspreeklijk tot stand behoort gebragt te worden”.

⁶⁰ VOORDUIN, IIe deel, p. 135 vlg.

de staat als totstandkoming van het huwelijk in zijn geheel; onafhankelijkheid van de staat van de Kerk.

Artikel 83 B.W. - een bepaling, die, overgenomen uit het ontwerp-Code civil,⁶¹ in de afdelingen onnodig werd geoordeeld,⁶² doch na verdediging door de regering in het wetboek toch een plaats vond - brengt de huwelijksconceptie van de wetgever tot uitdrukking.

De regering zag in het door haar voorgestelde artikel een correlaat van de fundamentele wet, die geen enkele godsdienst erkent, de uitdrukking van de gedachte, dat het huwelijk in het burgerlijk rechtsgebied geheel onafhankelijk is van de godsdienst, van enige kerkelijke regeling. „Loin donc de reconnaître l'existence ou la supposition de l'existence de toute autre autorité quant au mariage civil, la loi proclame leur exclusion . . .”.⁶³ Wat ook van kerkelijke zijde wellicht moge worden beweerd omtrent het karakter van het huwelijk, als kerkelijk een onontbindbare band, het kan voor de staat niet van belang zijn, omdat de staat met „huwelijk” alleen „le mariage . . . comme contrat civil” op het oog heeft.⁶⁴

NICOLAI heeft zeker de opvatting van een Bouteville en een Portalis voor ogen gehad, toen hij een beroep deed op de nieuwe doctrine, volgens welke het mogelijk was de eertijds vooral in Katholieke landen verenigde religieuze burgerlijke instellingen betreffende het huwelijk te scheiden.⁶⁵ Kennelijk bedoelt Nicolai, dat van elkaar gescheiden moeten worden de huwelijksvereenkomst en de huwelijkszegen als religieuze instelling. Dat is de zin van artikel 83. Had vroeger onder de invloed der R.K. Kerk het huwelijk een religieus aspect ook „in foro civili”, door artikel 83 verklaart de wetgever zonder omwegen „qu'il ne s'occupe pas du mariage comme institution religieuse”. Bestond onder het „ancien régime” en in zekere mate ook onder de Oude Republiek, de verplichting - ook naar burgerlijk recht - de huwelijkszegen over het huwelijk af te roepen, onder de gelding van artikel 83 wordt het partijen vrijelijk overgelaten, of zij dat al dan niet willen doen: „sous ce rapport (religieux) il sera abandonné à la conscience des époux, qui pourront invoquer les secours de la religion pour appeler sur leur union toutes les bénédictions du ciel”.⁶⁶

En SYPKENS juicht de opname van het artikel toe, want, zegt hij, al moge de gedachte van artikel 83 reeds voortvloeien „uit het denkbeeld van het maatschappelijk verdrag, hetwelk, zonder eenig kerkgenootschap uit te sluiten, echter geen bevoorregt”, de afkondiging van een groot beginsel van

⁶¹ Vgl. hiervóór p. 1, noot 1

⁶² VOORDUIN, IIe deel, p. 138

⁶³ VOORDUIN, IIe deel, p. 138.

⁶⁴ VOORDUIN, IIe deel, p. 138, zie ook p. 436.

⁶⁵ VOORDUIN, IIe deel, p. 138-139: „Mais cette doctrine nouvelle n'a pu s'introduire sans exciter beaucoup de réclamations et des consciences timorées ont été alarmées. Elles voyaient avec peine le pouvoir civil porter la main sur un objet, qu'elles avaient toujours considéré comme exclusivement soumis au pouvoir spirituel. Pour calmer ces craintes, s'il en existe encore, une déclaration simple et solennelle a été jugée indispensable’.

⁶⁶ VOORDUIN, IIe deel, p. 139.

wetgeving, „in zich zelf waarachtig, kan nuttig en voordeelig zijn” en kan dienen als een schild tegen pretenties van kerkelijke zijde.⁶⁷

Ligt het niet voor de hand in de hiervoor geciteerde woorden van Nicolai de invloed te zien van de denkbeelden van Le Ridant en Portalis: de kerk zegene slechts wat naar burgerlijk recht reeds als huwelijk bestaat? Doch deze zegen is voortaan niet meer nodig, het „sacramentele” kan voor de burgerlijke geldigheid van het huwelijk ontbreken, behoort tot het terrein van de innerlijke overtuiging.

Die gedachte trouwens blijkt o.m. duidelijk uit de voorgeschiedenis van artikel 136 B.W. Artikel 181 van het ontwerp van 1820 luidde: „Nadat de voltrekking van het huwelijk zal volbragt zijn, mogen de echtgenoten hetzelfde op de wijze bij hunne godsdienstige gemeente gebruikelijk doen inzegenen; maar de burgerlijke gevolgen des huwelijks zijn hiervan te eene-male onafhankelijk”. En de redactie van 23 November 1821 was: „Geene godsdienstige inzegening zal vermogen plaats te hebben, voordat het huwelijk is voltrokken”. De doctrinaire rechtvaardiging van de bepaling ligt in haar zelf besloten: over wat nog geen huwelijk is kan nog geen huwelijkszegen worden afgeroepen. Doch afgezien hiervan sprak men zich naar Franse trant voor het artikel uit om „beaucoup de désordres” te voorkomen.⁶⁸

⁶⁷ VOORDUIN, IIe deel, p. 140.

⁶⁸ VOORDUIN, IIe deel, p. 240-241.

TWEEDE DEEL.

DE VERHOUDING TUSSEN KERK EN STAAT IN BUITENLANDSE HUWELIJSREGELINGEN.

TWEEDE DEEL.

DE VERHOUDING TUSSEN KERK EN STAAT IN BUITENLANDSE HUWELIJSREGELINGEN.

INLEIDING.

In dit deel willen we de buitenlandse stelsels van huwelijksregeling beschouwen uit het gezichtspunt van de plaats, welke de godsdienst met betrekking tot het huwelijk „in foro civili” inneemt.

Voor een classificatie van die regelingen nemen we als criterium: het karakter van de vorm waarin het huwelijk moet worden gesloten; is deze religieus en/of burgerlijk?

Daarmede is echter niet gezegd, dat de verschillen tussen de regelingen uitsluitend bepaald worden door verschil van huwelijksvorm. Dikwijls bepaalt de functie, welke de kerk „in foro civili” vervult, zich niet enkel tot de vorm van het huwelijk, doch is die functie van ruimere omvang. Daarom zijn de stelsels, naar de aard van de rechtsvorm in een klasse tezamen gebracht, toch weer onderling te onderscheiden, en zo zal bepaaldelijk moeten worden nagegaan, of ook en in welke mate het godsdienstig beletselenrecht en ontbindingsrecht burgerrechtelijk gelden. Mede zal moeten worden gezien, of de rechtspraak in huwelijkszaken door de kerk dan wel door de staat wordt uitgeoefend.

We onderscheiden:

1. Het exclusief burgerlijk huwelijk. Het huwelijk kan niet anders worden gesloten dan in een burgerlijke vorm.
2. Het exclusief religieus huwelijk. Allen zijn voor hun huwelijk aan een religieuze vorm gebonden, onverschillig, welke godsdienst men belijdt, onverschillig ook, of men wel een godsdienst belijdt.
3. Het cumulatief burgerlijk en religieus huwelijk. Wil men geldig getrouwd zijn, dan moet men het huwelijk zowel op burgerlijke als op kerkelijke wijze sluiten.
4. Het voor sommigen exclusief religieus, voor de overigen exclusief burgerlijk huwelijk. Al naar gelang men een bepaalde godsdienst belijdt of niet, is men op het kerkelijk of burgerlijk huwelijk aangewezen.
5. Het facultatief religieus huwelijk. De staat geeft de onderdanen de keuze tussen een religieuze wijze van huwelijksvoltrekking en een burgerlijke (sommige landen ook: tussen een religieuze, burgerlijke of vormvrije).

HOOFDSTUK I.

HET EXCLUSIEF BURGERLIJK HUWELIJK.

§ 1. MATERIËLE SECULARISATIE VAN HET HUWELIJSRECHT.

Het stelsel van het exclusief burgerlijk huwelijk is, naar wij zagen, gebaseerd op de opvatting, dat het huwelijk als juridisch instituut geheel een aangelegenheid is van burgerlijke openbare orde, en dat het als zodanig vanaf zijn totstandkoming tot en met zijn ontbinding valt onder de regeling van de burgerlijke wet. Dit stelsel sluit naar zijn aard niet uit, dat het huwelijk voor de individuele burger een godsdienstig aspect kan hebben, maar wel, dat zulks burgerlijk juridisch irrelevant is. Wat de godsdienstige overtuiging van partijen bepaalt, wat het kerkrecht omtrent het huwelijk voorschrijft, dat alles is civiliter van geen belang. Hier openbaart zich de idee van de staatsalmacht, het primaatschap van de staat, de verheffing van de staatswil tot hoogste norm. Aanvankelijk heeft men nog wel gezocht naar een theoretische, een theologische rechtvaardiging van de staatsaanspraken tegenover die van de Kerk. Tegenwoordig gevoelt men niet meer zo zeer behoefte aan zulk een rechtvaardiging. Alleen het feit al, dat de staat belang heeft bij het huwelijk als sociaal instituut, daar het de bron is zowel van het gezin als de maatschappij, schijnt voor de staat voldoende grond het ten volle onder de burgerlijke macht te betrekken. Dat de andere soevereine macht niet minder geïnteresseerd is in deze sociale - volgens R. Katholieken sacramentele - instelling, daaraan gaat een liberale zienswijze voorbij¹

Het verwereldlijkte huwelijk steunt nog op een andere gedachte. Bij de regeling van het huwelijk, bij het scheppen van een rechtsvorm moet de staat bewust iedere bemoeienis van de godsdienst, iedere kerkelijke invloed, uitsluiten. Men zal daarom partijen niet de keuze mogen laten, noch tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk in zijn geheel, noch tussen een kerkelijke en burgerlijke vorm. En mag slechts een voor allen gelijke a-religieuze

¹ Soms ook miskent men de soevereiniteit van de Kerk en kent men alleen de staat die kwaliteit toe. Deze heeft volgens OPZOOMER terzake het huwelijk de opperheerschappij „Niet de staat is in de kerk, maar omgekeerd de kerk is in de staat en „ de staat (moet) heerschen over de kerk' en hij gaat verder „De kerk moge haar bekrachtiging weigeren aan hetgeen van de staat uitging, zij kan den staat niets verbieden. De staat daarentegen kan dit wel degelijk ten opzichte van de kerk. Hij heeft het dan ook hier gedaan. Hij verbiedt de kerk, zich in haar oordeel, of er een huwelijk tot stand is gekomen, door iets anders te laten leiden dan door zijn bepalingen. Hij laat haar de vrijheid niet om haar eigen regel te volgen, hij bindt haar uitsluitend aan zijn regels. Zij mag haar zegel, haar godsdienstige bekrachtiging, aan een echtverbintenis weigeren, die door den staat is erkend, maar zij mag datzelfde zegel niet hechten aan hetgeen de staat niet wilde erkennen, zij mag geen huwelijk zien, waar de staat er geen ziet. Zoo komt zij op, niet gelijk met den staat, maar eerst na den staat", MR C. W. OPZOOMER, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, 1e deel, 2e druk, Amsterdam, 1874, p. 159-160

vorm bestaan. De inwendige huwelijksvereisten moeten niet alleen formeel, doch ook naar de inhoud verwereldlijkt zijn. Zo krijgt men het burgerlijk huwelijk van het zuiverste gehalte, geëist door de scheiding van kerk en staat. Een facultatief kerkelijke vorm kan men niet aanvaarden, omdat men dan zijdelings toch aan de religie, zij het in afhankelijkheid van de staatswil, burgerrechtelijk een betekenis toekent. Specifiek religieuze beletselen, die in de Katholieke kerken bekend zijn, zoals geestelijke verwantschap en religieuze geloften, passen in dit systeem ten enen male niet. Men heeft het zelfs nodig geoordeeld de gedachte van het ook in het beletselenrecht verwereldlijkte huwelijk in de staatswetgeving formeel uit te drukken. Zo leest men in artikel 54 van de Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft van 29 Mei 1874: „Dieses Recht (zur Ehe) darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten beschränkt werden”.

Hiermede is niet gezegd, dat het kerkrecht geheel vreemd is aan de inhoud der burgerlijke wetgeving. Vele bepalingen toch van burgerlijk huwelijksrecht vinden hun oorsprong in het canonieke. Het waren echter voorschriften, welke men rustig kon overnemen zonder zich het verwijt op de hals te halen, dat men handelde in strijd met de gedachte, als in artikel 54 van de Zwitserse Bundesverfassung uitgedrukt.

Men bleef in het huwelijk een overeenkomst zien, waarvoor de overeenstemmende wil van partijen, niet gevitieerd door dwang of dwaling, is vereist. Men erkende uitsluitend het monogame huwelijk. Veelal vond scheiding van tafel en bed in de burgerlijke wetgeving een plaats. Voor het huwelijk „in facie Ecclesiae” stelde men niet het „vormvrije” in de plaats. Doch men sloot aan bij de kerkelijke eis van publiciteit, eensdeels zich uitend in de afkondigingen, anderdeels in de publieke sluiting ten overstaan van de vertegenwoordiger van de gemeenschap. Er zijn zelfs stemmen opgegaan om de burgerlijke vorm ook in solemniteit de kerkelijke celebratie te doen evenaren. Men begreep in 1792 al, dat, wilde het burgerlijk huwelijk met het kerkelijke kunnen concurreren, het nodig zou zijn de burgerlijke voltrekking met een zekere plechtigheid te omgeven. Daarom stelde Gohier een „autel à la patrie” voor, waarop gegrift de „Déclaration des droits de l’homme et du citoyen”. Hiervoor zouden dan man en vrouw door de zoete band des huwelijks worden verbonden.² En is er ook heden ten dage juist in ons Katholieke Zuiden niet een streven om van de gebeurtenis ten raadhuize iets meer te maken dan meestal het geval is? Nu zijn het toga’s, die het gebrek aan luister moeten opheffen.

Men heeft soms ook, - zonder nochtans afstand te willen doen van het stelsel van het burgerlijk huwelijk met zijn uitsluitend burgerlijke vorm, met zijn ook naar de inhoud wereldlijke beletselen, met zijn eigen burgerlijke gronden van ontbinding - aan godsdienstige sentimenten van het volk of een deel er van enige concessie gedaan. Maar meer in woord dan met de daad. Zo in Duitsland, waar in § 1317 B.G.B. - daarna in § 17 van de wet van

² Moniteur universel van 21 Juni 1792, zitting van 19 Juni 1792.

6 Juli 1938, thans in § 13 van de Ehegesetz van 20 Februari 1946 - is bepaald, dat het huwelijk ontstaat door de verklaring van partijen, dat zij met elkander een huwelijk willen aangaan. Wel moet ingevolge § 1318 B.G.B. - daarna § 18 van de wet van 1938, thans § 14 der Ehegesetz 1946 - de ambtenaar van de burgerlijke stand partijen in de echt verenigd verklaren, doch deze laatste verklaring heeft slechts declaratoire betekenis. Anders dan bij ons³ is het huwelijk ook zonder die verklaring wezenlijk tot stand gekomen. Op deze wijze wilde Duitsland de sluitingsvorm meer in overeenstemming brengen met de Katholieke leer, volgens welke het partijen zijn, die met elkaar het huwelijk aangaan.⁴ Verderop hopen we nog gelegenheid te hebben op meer dergelijke aanrakingspunten te wijzen. Enkele landen zijn zelfs verder gegaan en hebben ook metterdaad nauwer aansluiting gezocht bij het kerkrecht. Wel hebben bedoelde landen het huwelijk in beginsel geseculariseerd, het tot een staatszaak verklaard - zij kennen slechts een burgerlijke vorm, een burgerlijke rechtspraak - doch enkele specifiek religieuze beletselen hebben in de burgerlijke huwelijks-wetgeving een plaats gevonden, of werden door de rechtspraak enige tijd civiliter erkend.⁵ Iedere band met de godsdienst heeft men er blijkbaar, hetzij niet kunnen, hetzij niet willen doorsnijden. Mogelijk waren die beletselen - het waren er maar enkele - geheel en al met de opvatting der burgerlijke openbare orde vergroeid. Zo kennen we twee stelsels van burgerlijk huwelijk. Beiden hebben gemeen, dat de rechtsvorm civiel is, evenals de rechtsmacht. Aan beide stelsels is verwijderde kerkelijke invloed niet vreemd. Doch terwijl in het ene aan

³ Artikel 44 B.W.

⁴ DR G. PLANCK, *Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz*, Vierter Band, Familienrecht, 3. Auflage, Berlin, 1906, p. 6 en p. 42. Zie ook LUDWIG ENNECCERUS, THEODOR KIPP und MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Marburg, 1929-1931, 4 Teil, 7 Ausgabe, Familienrecht, 1931, p. 12, OTTO WARMEYER, *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Tübingen, 1923-1927, 2. Band, p. 518.

⁵ Zie burgerlijk wetboek van Roemenie (26 November 1864), artikel 145 geestelijke verwantschap, huwelijkswet Hongarije (1894), artikel 25 hogere wijding en plechtige kloostergelofte. Zie voor Spanje voor de periode 1932-1938 (toen kende het slechts het burgerlijk huwelijk) burgerlijk wetboek, artikel 83,4 gelofte van kuisheid door bepaalde personen afgelegd.

In Frankrijk is lange tijd gediscussieerd over de vraag, of priesters een geldig huwelijk konden sluiten. Een deel der doctrine en geruime tijd ook de rechtspraak, waaronder de Cour de Cassation, ontkenden zulks. Men deed daarvoor een beroep op de Organieke artikelen van het Concordaat, waarin men impliciet besloten achtte, dat het priesterschap anders dan de „voeux monastiques” tot de dirimerende beletselen moest worden gerekend. Het is overigens twijfelachtig, of deze betekenis aan de wet van 18 germinal an X mag worden gehecht. PORTALIS had zich ten overstaan van het Corps législatif met zoveel woorden in tegenovergestelde zin uitgelaten (C. B. M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, Bruxelles, 1824, Tome 1, p. 281).

Reeds vóórdat de scheiding van kerk en staat bij de wet van 9 December 1905 haar beslag kreeg, ging de rechtspraak om. In 1888 heeft de Cour de Cassation beslist, dat bij gebreke aan een tekst in de Code civil, die anders bepaalt, de geldigheid van het door een priester gesloten huwelijk zal moeten worden aangenomen (arrest van 25 Januari 1888, DALLOZ, *Recueil périodique d'arrêts*, 1888, 1^e partie, p. 97, SIREY, *Recueil d'arrêts*, 1888, 1^e partie, p. 193). Zie omtrent deze kwestie ERNEST ROGUIN, *Traité de droit civil comparé, Le mariage*, Paris, 1904, p. 73, TOULLIER, Tome 1, p. 280-281, PLANIOL-RIPERT, Tome 1, no 741, p. 278-279, AUBRY, RAU ET BARTIN, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^{me} ed., Tome 7, Paris, 1918, p. 136-141, V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^{me} ed., Tome 1, Paris, 1873, p. 437-439.

specifiek religieuze beletselen voor het burgerlijk forum geen betekenis wordt toegekend, is dit bij het andere wel het geval.⁶

§ 2. DE VERBREIDING VAN HET BURGERLIJK HUWELIJK.

Het denkbeeld, dat het burgerlijk huwelijk valt onder de regeling van het burgerlijk recht, vond na 1804 in een belangrijk deel van Europa gretige toepassing. Vandaaruit werd het in de loop der negentiende en twintigste eeuw ook elders ingevoerd.

Het is aan geen twijfel onderhevig, dat het burgerlijk huwelijk, zoals dat in een aantal landen bestaat, van Franse oorsprong is; met de Code civil nam men ook veelal het burgerlijk huwelijk over. Wel kent de geschiedenis van het Engelse huwelijksrecht uit de zeventiende eeuw een korte periode, waarin het huwelijk slechts geldig ten overstaan van de rechter kon worden voltrokken,⁷ doch die periode was te kort van duur en die secularisatie was te praematuur dan dat het Engelse stelsel toen elders navolging vond. Wij willen hieronder in grote trekken de verbreiding volgen van het burgerlijk huwelijk in de negentiende en twintigste eeuw.

Nederland volgde reeds in 1795 in beginsel het voorbeeld van Frankrijk. Nadat de vrijheid was herkreten bleef met de Code civil ook de Franse huwelijkswetgeving van kracht. In 1838 kwam een eigen regeling tot stand, doch deze stemde wezenlijk met die van de Code overeen. België nam in 1830 bij het verlaten van het Nederlands Koninkrijk de Code civil mee, terwijl Luxemburg na het vertrek der Fransen uit het Groot-Hertogdom hun wetgeving bleef behouden.

Zwitserland kent het burgerlijk huwelijk sinds de wet van December 1874,⁸ waarvan artikel 25 herhaalde, wat de Bundesverfassung in artikel 54 had uitgesproken. Daarnaast werd het nuttig geoordeeld in artikel 118, 3e lid van het wetboek van 1907 te bepalen, dat de voorschriften van de burgerlijke wet „overigens” geen betrekking hebben op het kerkelijk huwelijk. „Overigens”, hetgeen wel betekenen moet: afgezien van hetgeen het tweede lid vereist, n.l. dat het burgerlijk huwelijk aan het kerkelijke voorafgaat. Men moet echter niet menen met succes een beroep op het derde lid te

⁶ Die verwijderde kerkrechtelijke invloed, moet o.i. niet zo worden begrepen, dat het kerkrecht door de burgerlijke wetgever werd overgenomen, (uitsluitend) omdat het kerkrecht het zo bepaalde. De overweging, dat de „kerkelijken” het recht gemakkelijker aanvaardden, als zij er iets in aantreffen, waaraan zij gehecht zijn, zal wellicht wel enige rol hebben gespeeld, maar in hoofdzaak was het wel zo, dat de wetgever zijn regeling vaststelde, omdat hij die ook juist achtte.

⁷ CROMWELL voerde in 1653 in Engeland het obligatoir burgerlijk huwelijk in. Hij voelde weinig voor een kerkelijke vorm, om de Rooms-Katholieke oorsprong. In 1660 werd er het burgerlijk huwelijk weer afgeschaft. Vgl. ROGUIN, p. 129, ERNEST LEHR, *Le Mariage, Le Divorce et La Séparation de corps dans les principaux pays civilisés, étude de droit comparé*, Paris, 1899, p. 45-46.

⁸ Daarna geregeld in „Zivil Gesetzbuch” van December 1907, 4e titel, artt. 90 vlg.

kunnen doen om een eventueel onwillige echtgenoot tot een kerkelijk huwelijk te dwingen, al was daaromtrent vóór de voltrekking van het burgerlijk huwelijk een afspraak gemaakt. Het artikel is niet bedoeld om de steun van de staat te kunnen inroepen met betrekking tot kerkelijke voorschriften, doch heeft uitsluitend tot doel een „Beruhigung der kirchlichen Kreise”.⁹

Italië voerde in 1865 het Franse stelsel in en bleef het tot het Concordaat van 1929 behouden.

Spanje kende dat stelsel van 1870 tot 1875 en van 1932 tot 1938. Het was echter niet het stelsel van het puur burgerlijk huwelijk, dat in die perioden gold, omdat ook beletselen van godsdienstige aard van kracht waren.^{9a} Nog in een ander opzicht is het Spaanse stelsel vermeldenswaard. Reeds vóórdat de secularisatie in de wet van 28 Juni 1932 haar beslag kreeg, voerde de wet van 2 Maart 1932 de echtscheiding in, uit te spreken bij vonnis van de burgerlijke rechter en zulks, welk huwelijk men ook wenste ontbonden te hebben, hetzij het voor Katholieken obligatoir kerkelijke, dat geheel geregeld werd door het canoniek recht, hetzij het subsidiair burgerlijke. Zo kon in de periode van 2 Maart 1932 tot 28 Juni 1932 een huwelijk van twee Katholieken, dat in die tijd nog kerkelijk móest worden gesloten en dat geheel beheerst werd door het canoniek recht, worden ontbonden door een echtscheidingsvonnis van de burgerlijke rechter.

Duitsland ging bij de wet van 6 Februari 1875 algemeen tot het burgerlijk huwelijk over. Ook in het B.G.B. van 1896 bleef het gehandhaafd ondanks de suggesties in de richting van een facultatief kerkelijk huwelijk gedaan. Van de opvattingen waarvan die suggesties de uiting vormen, draagt het huwelijksrecht van het B.G.B. de sporen. Op een er van, n.l. § 1317, wezen we hiervóór al. Verder werd de in het toenmalig wetsontwerp voorkomende bepaling: dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zou verklaren, dat de partijen „kraft des Gesetzes nunmehr rechtmässig verbundene Eheleute seien”, veranderd in „kraft dieses Gesetzes”. Met opzet is ook het opschrift van Boek 4, eerste afdeling van het B.G.B. veranderd van „Ehe” in „Bürgerliche Ehe”, waaruit men echter niet mag concluderen, dat er voor de Duitse wetgever van het B.G.B. twee huwelijken bestonden.¹⁰ Een gelijke bepaling, als het Zwitserse wetboek heeft in artikel 118, derde lid, treft men in § 1588 van het B.G.B. aan, welke door de nieuwere wetgeving van 1938 en laatstelijk die van 1946 onaangeroerd werd gelaten.¹¹ Evenmin

⁹ MAX GMÜR, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, unter mitwirkung von BECKER, HAFTER u a, Familienrecht, 1. Abteilung, (Das Ehe recht), 2 Auflage, Bern, 1923, p. 116.

^{9a} Zie hiervóór p 88, noot 5 en hierna p 112

¹⁰ PLANCK, Familienrecht, p 6, 7 en 421, vgl ook ENNECCERUS, p. 12, § 14, 1e lid van de wet van 1946 bepaalt, dat de ambtenaar „im Namen des Rechts” uitspreekt, dat partijen in het huwelijk zijn verenigd

¹¹ Zie § 78 Ehegesetz 1946, voor het geldende Duitse huwelijksrecht. REINHARD FREIHERR VON GODIN und HANS FREIHERR VON GODIN, Ehegesetz vom 20 Februar 1946, Berlin 1947, DR W GEROLD, B G B Textausgabe mit Anmerkungen und Hinweisen, Dresden, 1950, ERNEST PETERS Personenstandsrecht, Frankfurt am Main, 1949, G. GREFFIN und R MORAL, Das Ehe recht nebst Abdruck des Ehegesetzes 1946, Berlin, 1948.

als de Zwitserse kan deze Duitse bepaling een juridische aanspraak van de ene echtgenoot tegen de andere tot vervulling der kerkelijke plichten rechtvaardigen.¹² Volgens Planck heeft het artikel alleen betrekking op de verplichtingen van het individu tegenover zijn kerk.

De inlijving van Oostenrijk bij Duitsland had ook de verburgerlijking van het Oostenrijkse huwelijksrecht tot gevolg. De „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und Ehescheidung im Lande Österreich und in übrigen Rechtsgebiet“ van 6 Juli 1938 sprak in artikel 15 uit, dat het huwelijk slechts geldig kon worden aangegaan voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. De bepalingen omtrent het huwelijk van het Oostenrijkse burgerlijk wetboek werden afgeschaft en zijn ook na de bevrijding van Oostenrijk in 1945 niet weer van kracht verklaard. Het thans geldende Oostenrijkse huwelijksrecht wordt nog bepaald door de wet van 6 Juli 1938.¹³ In Hongarije slaagde in 1894 de liberale partij er in het huwelijk te laïciseren, terwijl tegelijkertijd de tot dan toe in dat land onbekende echtscheiding werd toegestaan.

Portugal voerde in 1910 het burgerlijk huwelijk in. Monaco kreeg het in 1911. Turkije volgde in 1926, tot uitgangspunt en ten voorbeeld nemend het Zwitserse recht.

Albanië ging in 1928 tot het burgerlijk huwelijk over. Artikel 186 van het Albanese wetboek bepaalt, dat man en vrouw, die zonder inachtneming der wettelijke vormen zouden huwen, gestraft zullen worden met een geldboete van ten hoogste duizend goudfranken. De nietigheidssanctie van artikel 171, 2e lid achtte men blijkbaar niet voldoende. Deze bepaling van artikel 186 is overigens wel te begrijpen, als wordt bedacht, dat de invoering van het Westerse burgerlijk huwelijk, voor een staatsambtenaar te voltrekken, in dat land, waarvan de bevolking voor het merendeel de Islam aanhangt, een volkomen ommekeer betekende. De Albanese wet, gelijk ook die van Turkije, heeft de Mohammedaanse bevolking een op West Europa geïnspireerde burgerlijke huwelijkswetgeving opgelegd. Men brak er met het van ouds bekende godsdienstig personeel statuut, volgens hetwelk het religieus recht bij uitsluiting de regeling o.a. van het huwelijk bevat.¹⁴

Het burgerlijk huwelijk bleef niet tot Europa beperkt. Japan voelde zich zeer tot de Westerse eis van openbaarheid aangetrokken en bepaalde, dat het huwelijk, al is de sluiting er van een aangelegenheid der familie, rehtens slechts effect heeft, nadat partijen en twee meerderjarige getuigen er melding van hebben gemaakt bij de ambtenaar van de burgerlijke stand.¹⁵

¹² PLANCK, Familienrecht, p. 421, Warmeyer, 2 Band, p. 739.

¹³ Zie voor Oostenrijk: ANDREAS GUTTENFELD, Österreichisches Recht, 3. Auflage Wien, 1949, no. 53, DR RUDOLF KOSTLER, Österreichs Eherecht, Darstellung und Gesetztexte, 4. Auflage, Wien, 1948, KARL WOLFF, Grundriss des österreichischen Rechts, 3. Auflage, Wien 1946. Bij KOSTLER, p. 1 vlg., vindt men een korte beschrijving van de geschiedenis van het Oostenrijkse huwelijksrecht.

¹⁴ Zie hierna p. 103 vlg.

¹⁵ Art. 775, Jap. Burg. Wetboek. De voltrekking schijnt niet ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand te moeten plaats hebben. Doch registratie is essentieel vereist.

Deze ambtenaar mag eerst dan met de aanmelding genoegen nemen, als het huwelijk niet strijdt met een aantal wettelijk geregelde materiële geldigheidsvoorschriften.¹⁶ Is de sluiting een aangelegenheid der familie en kan het huwelijk zonder de toestemming van de ouders of de familieraad niet geldig tot stand komen,¹⁷ óók de ontbinding door echtscheiding kan niet plaats hebben dan met toestemming dergenen, die tot het aangaan van het huwelijk hun medewerking moesten verlenen. Op gelijke wijze als bij het aangaan van het huwelijk moet ook van de ontbinding door echtscheiding de ambtenaar van de burgerlijke stand in kennis worden gesteld. Eerst daarna wordt de scheiding ook in de burgerlijke gevolgen erkend.¹⁸

Een burgerlijk huwelijk in de zin van een ten overstaan van de staatsambtenaar voltrokken huwelijk kent Japan dus eigenlijk niet. Omdat de staat evenwel het burgerrechtelijk effect van de huwelijksluiting afhankelijk stelt van een bepaalde formele medewerking van de staatsambtenaar kan het Japanse huwelijksstelsel toch wel tot het stelsel van het exclusief burgerlijk huwelijk worden gerekend. Hetzelfde geldt met betrekking tot het Russische stelsel sedert de wet van 8 Juli 1944. Van een stelsel van facultatieve registratie is Rusland bij die wet tot het systeem van verplichte registratie overgegaan.

Mexico kent in zijn wetboek van 1928 het obligatoir burgerlijk huwelijk, ten overstaan van de staatsambtenaar te voltrekken.¹⁹ Chili ging door zijn huwelijkswet van 1884 van het kerkelijk tot het civiele huwelijk over.²⁰ Het nam echter in zijn wetgeving niet de echtscheiding op; slechts de dood en de door de rechter uitgesproken nietigheid ontbindt het huwelijk, terwijl afwezigheid van een van de partijen gedurende geruime tijd met de dood als ontbindingsgrond wordt gelijkgesteld.²¹ Argentinië volgde de West Europese liberale huwelijkswetgeving in 1888; echtscheiding ontbindt er het huwelijk echter niet, doch slechts de dood,²² terwijl in nauwere aansluiting bij het canoniek recht afwezigheid van een der echtgenoten, gedurende hoe lange tijd ook, de ander niet het recht tot hertrouwen geeft. Zolang de dood niet bewezen is, wordt het huwelijk niet als ontbonden beschouwd.²³ Ook Brazilië, dat in zijn wetboek van 1890 het huwelijk heeft geseculariseerd, kent de echtscheiding niet.²⁴ Evenmin Bolivia, dat in 1911 tot het burgerlijk huwelijk overging. Eerst door de wet van 15 April 1932 voerde het de mogelijkheid van huwelijksontbinding door echtscheiding in.²⁵ Ondertussen hadden ook de Dominicaanse Republiek, Ecuador en Venezuela respectievelijk in 1897, 1900 en 1904 zich tot de secularisatie laten verleiden.

¹⁶ Artikelen 741, 744, 750, 754, 765-773 en 775.

¹⁷ Art. 772.

¹⁸ Art. 810.

¹⁹ Artikelen 101 en 102.

²⁰ Artikelen 16 en 17.

²¹ Artikelen 37 en 38.

²² Art. 238 Código civil.

²³ Art. 240.

²⁴ Art. 315.

²⁵ Art. 1 van de wet van 15 April 1932; zie ook art. 33.

In 1936 voegde zich Peru bij hen. Het huwelijk moet er voor de „alcade” worden gesloten, al staat het deze vrij aan anderen, waaronder Katholieke missionarissen, zijn bevoegdheid te delegeren.²⁶ Evenals Duitsland en Zwitserland laat ook Peru, blijkens artikel 292 van het burgerlijk wetboek, onaangeroerd de verplichtingen, welke de godsdienst aangaande het huwelijk oplegt.

Wij gaven een overzicht van de omvang welke het systeem van het burgerlijk huwelijk tot de tweede wereldoorlog had aangenomen. Na die oorlog heeft het o.a. in Oost-Europese landen verdere uitbreiding ondergaan. Zo in Bulgarije, Tjecho-Slowakije en Polen.

In de artikelen 76 en 78 plaatst de Bulgaarse constitutie van 4 December 1947 het huwelijk onder bescherming van de staat, terwijl slechts geldig is het huwelijk, gesloten voor bepaalde staatsfunctionarissen. Dit betekende dus het einde van het stelsel van het obligatoir religieuze huwelijk. Die constitutionele artikelen zijn uitgewerkt in een wet van Augustus 1949.²⁷ Tjecho-Slovakije voerde bij de wet van 22 Mei 1919 het facultatief religieuze huwelijk in.²⁸ Uitdrukkelijk werden alle godsdienstige beletselen, zoals die tevoren in de oud-Oostenrijkse gebieden hadden gegolden, afgeschaft.²⁹ Sinds 1949 kent het land een nieuwe familiewet,³⁰ waarvan de artikelen 1 tot 34 op het huwelijk betrekking hebben. Alleen het huwelijk, dat voor het plaatselijk nationaal comité wordt voltrokken, wordt als huwelijk erkend. Echtscheiding is voor allen mogelijk, doch zij kan, als er minderjarige kinderen zijn, slechts worden uitgesproken, mits het belang der kinderen er zich niet tegen verzet.³¹

In Polen geldt thans de wet van 27 Juni 1950.³² Het huwelijk kan er slechts worden aangegaan voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. De sluiting moet plechtig geschieden, in het openbaar en in het bijzijn van twee getuigen.³³

§ 3. DE PRIORITEIT VAN HET BURGERLIJK HUWELIJK TEN OPZICHTE VAN EEN EVENTUEEL KERKELIJK HUWELIJK.

Frankrijk heeft zich niet tevreden gesteld met de verburgerlijking van de echt, doch heeft op praktische gronden, niet in de Code, maar in de wet

²⁶ Artikelen 114-115.

²⁷ Vgl. S. TCHIRKOVITCH, *Un nouveau Code de la famille en Bulgarie*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 13^{me} année, no. 2, avril-juin, 1951, p. 304 vlg.

²⁸ Voor het vroegere Tsjecho-Slowaakse huwelijksrecht zie men: DR. IUR. EMIL SVOBODA, *Das Eherecht in der Tjecho-slowakischen Republik*, in: LESKE-LOEWENFELD, Band IV, 2. Auflage, p. 279 vlg.

Zie artikelen 1-12 wet 22 Mei 1919.

²⁹ Art. 25.

³⁰ Wet no. 265 van 7 December 1949; vertaling in *Personeel Statuut*, 1e jaargang, October 1950, no. 4, p. 37 vlg.

³¹ Art. 30, 3e lid.

³² Vertaling in *Personeel Statuut*, 2e jaargang, Mei 1951, no. 5, p. 52 vlg.

³³ Art. 4.

van 18 germinal an X, onder de strafsanctie van de artikelen 199 en 200 Code pénal,³⁴ voorgeschreven, dat de burgerlijke huwelijksvoltrekking aan eventuele kerkelijke plechtigheden moet voorafgaan. Men trachtte aan het verwijt, dat deze bepalingen een inconsequentie betekenen, dat zij niet passen in het stelsel van de onafhankelijkheid van burgerlijk en kerkelijk huwelijk over en weer, te ontkomen door de doctrinaire rechtvaardiging van Portalis.³⁵ Maar feitelijk komt het stelsel van prioriteit van het burgerlijk huwelijk neer op een ondergeschiktheid van de kerk aan de staat en heeft het tot gevolg, dat voor de kerk het huwelijk niet mag worden gesloten, als het voor de burgerlijke wet niet kan.³⁶

Het stelsel van prioriteit van het burgerlijk huwelijk is met het beginsel van scheiding van kerk en staat - in Frankrijk anders dan bij ons officieel in een staatswet, n.l. die van 9 December 1905, neergelegd - moeilijk te rijmen. Het is daarom niet te verwonderen, dat, toen bij die wet de organieke artikelen van de wet van 18 germinal an X werden ingetrokken, gemeend werd, dat het de burger sinds 1905 vrijstond het kerkelijk huwelijk aan het burgerlijke te doen voorafgaan, zo men al ook burgerlijk getrouwd wilde zijn. Toch is het constante Franse jurisprudentie, dat de eis van prioriteit van het burgerlijk huwelijk ook na 1905 is blijven bestaan, omdat, al is artikel 54 van de wet van 18 germinal an X ingetrokken, de bepalingen van de artikelen 199 en 200 C.p. van kracht zijn gebleven.³⁷

Naar bekend is, heeft ook Nederland, dat, - al ignoreert het als Frankrijk het canoniek huwelijksrecht, - het bestaan van het kerkelijk huwelijk niet kan ontkennen, dezelfde eis gesteld als het moederland van het verwereldlijkte huwelijk.³⁸ De regering vond het bij de behandeling van het ontwerp

³⁴ Deze artikelen hebben niet alleen betrekking op de ongehoorzame R K pastoor (artikel 54 van de wet 18 germinal an X), maar op de bedienaren van alle godsdiensten

³⁵ Zie hiervoor p. 76

³⁶ In hoeverre de op zich naar R K beschouwing ongeldige bepaling toch - ook R Katholieken - bindt, behandelen we hier niet. Men zie hiervoor VAN WELIE, no. 31, p. 52.

³⁷ Aldus Cass. crim., 9 novembre 1906, Montpellier, 31 octobre 1907, Trib. correct., Lorient, 29 octobre 1923, aangehaald door MAURICE SERIN, *Etudes de droit international privé*, I. Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps, Toulouse, 1929, p. 49, noot 1, vgl. BAUDRY-LACANTINIERE et HOUQUES-FOURCADE, *Traité de Droit civil, Des personnes*, tome III, 3me éd., no. 1418

³⁸ Vermeldenswaard is het Souverein Besluit no. 87 van 21 October 1814 (*Journal officiel du gouvernement de la Belgique*, Tome III, Bruxelles, 1814, p. 280 vlg.). Ter vermindering van de spanning tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk, gevolg van het bestaan van een kerkelijk impediment, dat in het burgerlijk recht (Code civil) onbekend was, werd bepaald (artikel II), dat iedere R K, die burgerlijk wilde trouwen, zich moest voorzien van een verklaring van de pastoor of een door deze of door de bisschop geautoriseerd geestelijke, waaruit bleek, dat tegen een „wettige vereniging“ van kerkelijke zijde geen beletselen bestonden. De „Officier van de civiele staat“ mocht eerst op vertoon van een dergelijke verklaring aan de voltrekking van het burgerlijk huwelijk medewerken. Zo kon men niet burgerlijk trouwen, als men niet daarna (artikelen 199-200 C. p.) een kerkelijk huwelijk kon sluiten. De geestelijkheid van België, het burgerlijk huwelijk weinig welgezind, vond in deze regeling een machtig middel tot boycot van het burgerlijk huwelijk. Men weigerde dikwijls een dergelijke verklaring af te geven, of er nu een kerkelijk beletsel bestond of niet. Dan kon een burgerlijk huwelijk niet tot stand komen (CLAUS in zijn rede tijdens de zitting van 23 December 1830 in het Belgische Nationale Congres, vgl. *Discussions du Congrès National de Belgique*, 1830-1831, mises en ordre et publiées par le CHEVALIER EMILE HUYTTENS, Tome I, Bruxelles, 1844, p. 610-611). Daarom werd bij Souverein Besluit van 7 Maart 1815, no. 1320 (*Journal officiel*, Tome IV, 1815, p. 172 vlg.) artikel II van het S B van 21 October 1814 ingetrokken (artikel I), over-

Wetboek van Strafrecht nodig de bepalingen van de artikelen 199-200 C.p. (thans 449 Sr.) te handhaven, omdat er haars inziens nog „onnozele lieden” waren, die zouden kunnen worden misleid in geval de kerkelijke inzegening zou kunnen geschieden, vóórdat het burgerlijk huwelijk was voltrokken.³⁹ En Veining Meinesz vond handhaving van de strafsancie gewenst, omdat het zou kunnen gebeuren, dat de kerkelijke plechtigheid in de regel voorafging en de burgerlijke handeling enkel zou dienen om te registreren, wat in de kerk reeds was tot stand gekomen.

Belgie nam het stelsel over, ondanks de krachtige tegenstand van een groot aantal leden van het Nationale Congres, die het systeem in strijd oordeelden met het beginsel van scheiding van Kerk en staat.⁴⁰ Niet in het Burgerlijk Wetboek kreeg het voorschrift een plaats, doch men vond het belangrijk genoeg er een grondwetsartikel van te maken.⁴¹ Belgie straft de bedienaar van de godsdienst, die het huwelijk inzegt, voordat het burgerlijk is voltrokken.⁴² Wel staat de grondwet toe, dat er uitzonderingen worden gemaakt: bij de wet van 3 Augustus 1909 is bepaald, dat artikel 267 Sr. geen toepassing vindt, wanneer in verband met stervensgevaar van een van partijen de kerkelijke plechtigheid niet op voltrekking van het burgerlijk huwelijk kan wachten.⁴³

De Duitse wetgever verklaart in § 67, 1e lid van de „Personenstandsgesetz” van 3 November 1937 in het algemeen de geestelijke strafbaar, die aan de sluiting van het kerkelijk huwelijk medewerkt, vóórdat het burgerlijk huwelijk is gesloten; doch, wanneer een der aanstaande echtgenoten in stervensgevaar verkeert, vindt dat lid geen toepassing.⁴⁴ Daarnaast moet nog van kracht worden geacht de uitbreiding, welke door artikel 26 van het Concordaat van 1933 aan § 67, 2e lid is gegeven, zodat bovendien de kerkelijke sluiting vóór de burgerlijke mag plaats hebben „im Falle schweren sittlichen Notstandes dessen Vorhandensein durch die zuständige bischofliche Behörde bestätigt sein muss.”⁴⁵

Dat ook Zwitserland bepaalt, dat het burgerlijk huwelijk aan het kerkelijke

wogen werd „dat het huwelijk als een burgerlijk contract beschouwd, alleenlijk aan het waereldlijk bestuur onderworpen is, en dat geene kerkelijke magt eenig regt heeft de voltrekking als zoodanig te beletten”.

Overigens moest deze overweging niet zo worden begrepen, als zou het de bedoeling zijn van de staat zich in te laten met „dat geen het welk de religie tot heiliging der huwelijken vaststeld”. Omdat de regering te dien aanzien volkomen vrijheid aan de bedienaren van de godsdienst wilde geven, werd in artikel III overgegaan tot afschaffing van artikel 54 van de wet van 18 germinal an X en van de artikelen 199 en 200 C.p. Bij KB van 10 Januari 1817, S. 4, werden de oude bepalingen (artikelen 199 en 200 C.p.) weer van kracht verklaard.

Vgl. hiervoor p. 77, noot 37.

³⁹ Zie bij C. VAN NIJMEGEN SCHONEGEVEL, Art. 136 B.W. in verband beschouwd met artikel 449 Srw., Groningen, 1892, p. 11.

Vgl. hiervoor p. 77, noot 37.

⁴⁰ De beraadslagingen bij HUYTTENS, p. 585-619.

⁴¹ Art. 16, 2e lid.

⁴² Vroeger 199-200 C.p., thans art. 267 Belg. W. v. Sr.

⁴³ Vgl. MR DR. DE HOON, De Belgische Grondwet, Brussel, 1927, p. 30-31.

⁴⁴ § 67, 2e lid.

⁴⁵ Zie ERNEST PETERS, p. 21, noot 91, ANGELUS PERUGINI, Concordata vigentia, Romae, 1934, p. 249-250.

moet voorafgaan, bespraken we reeds hiervoor.⁴⁶ De Zwitserse bepaling van artikel 118 werd letterlijk overgenomen door Turkije in zijn Burgerlijk Wetboek.⁴⁷ Albanië bevat hetzelfde voorschrift in artikel 152 Burgerlijk Wetboek met de strafsancie van artikel 208 W. v. Sr.

Tenslotte mag ook volgens het nieuwe Tjecho-Slowaakse recht het kerkelijk huwelijk eerst gesloten worden na de voltrekking van het burgerlijk huwelijk.⁴⁸

Een aantal wetgevingen laat aan partijen de keuze van volgorde. Nòch de burgerlijke wet, nòch het strafrecht bevatten bepalingen, die eisen, dat eerst burgerlijk wordt getrouwd. In een dergelijk systeem is wederzijdse onafhankelijkheid van staat en godsdienst rechtens gewaarborgd. Ook dan, wanneer om de een of andere reden het burgerlijk huwelijk niet tot stand kan komen, mag toch het kerkelijk huwelijk worden gesloten, al ontbreken er dan ook de burgerlijke effecten aan. Dit was het geval in Italië van 1865 tot 1929. Zo is het nog in Chili, Argentinië, Ecuador, Brazilië, Cuba en, zover wij weten, ook in het nieuwe Poolse recht.

Artikel 1 van de huwelijkswet van Chili van 1884 staat partijen formeel toe het bij het kerkelijk huwelijk te laten, maar burgerlijke geldigheid heeft een dergelijk huwelijk niet. Het schijnt, dat vele Chilenen deze bepaling, hoe duidelijk zij ook is gesteld, niet wel hebben begrepen en slechts kerkelijk trouwden, menend, dat zij als vroeger, nu ook burgerlijk waren gebonden. Om misstanden, hieruit voortkomend, tegen te gaan, vaardigde de aartsbisschop van Santiago bij besluit van 21 December 1927, gepubliceerd in de Chileense *Diario Oficial* no. 2034, het verbod uit, een kerkelijk huwelijk te sluiten, vóórdát het burgerlijk huwelijk was voltrokken.⁴⁹ Het vereiste van prioriteit van het burgerlijk huwelijk werd dus in Chili van kerkelijke zijde gesteld.

⁴⁶ De strafsancie op artikel 118, 3e lid vindt men in § 97 van de wet van 24 December 1874 over de „Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und der Ehe”, GMÜR, p. 115.

⁴⁷ Art. 110.

⁴⁸ Art. 7 van de wet van 7 December 1949.

⁴⁹ DR ALEXANDER BERGMANN, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Band II, Berlin, 1940, p. 193, noot 3.

HOOFDSTUK II.

HET EXCLUSIEF RELIGIEUS HUWELIJK.

Een aantal staten legt aan allen het in de religieuze vorm te voltrekken huwelijk exclusief en dwingend op. Een ander dan godsdienstig huwelijk bestaat rehtens niet. Dit hebben alle regelingen van deze groep gemeen. Verder zullen er echter nadere onderscheidingen moeten worden gemaakt. De staat kan alle godsdienstige huwelijken of alleen huwelijken, gesloten in de vorm van een of meer bepaalde godsdiensten, burgerlijk erkennen. Zo slechts bepaalde godsdienstige huwelijken zijn erkend, zullen belijders van andere godsdiensten nòch burgerlijk, nòch in de vorm van hun kerkgenootschap kunnen huwen (voorbeeld: Griekenland).

De staat kan bij de beoordeling van de wettig- of onwettigheid van de vorm deze doen bepalen door de eisen, welke daaromtrent door het kerkrecht zijn gesteld (voorbeeld: Afganistan). Dan zullen twee R. Katholieken voor hun pastoor moeten trouwen.

Ook is het mogelijk, dat de staat de geldigheid reeds erkent, indien maar voor een geestelijke van de godsdienst van partijen is gehuwd. Het ruimste standpunt dat de staat kan innemen is, dat het huwelijk reeds burgerrechtelijk geldig tot stand komt, als het maar voor „n” geestelijke is gesloten. Dit lijkt ons in Maryland het geval te zijn.

De staat kan zich van iedere of een volledige eigen regeling van het huwelijk onthouden en het kerkrecht als zodanig geheel of gedeeltelijk erkennen (voorbeelden: staten met godsdienstig personeel statuut; Quebec). Hij kan het kerkrecht ook „formeel” seculariseren, waardoor het kerkrecht in de burgerlijke wet als deel daarvan wordt opgenomen (voorbeelden: Rusland vóór 1917; Griekenland; Egypte voor de Hanafitische Mohammedanen).

Verschillende variaties zijn mogelijk, wanneer onderscheiden wordt naar de mate van burgerrechtelijke erkenning van de invloed van het godsdienstig recht, hetzij als zodanig civiliter van kracht, hetzij doordat het in de burgerlijke wet is opgenomen.

Het kerkrecht kan volledig, „in foro civili” van kracht zijn, terwijl de rechtspraak door de kerk wordt uitgeoefend (voorbeelden: de Christelijke Middeleeuwse staat; Israël; Mohammedaanse staten). Kerkrechtelijke invloed is dan in de ruimste omvang aanwezig. Het minst lijkt ons dit het geval te zijn in Maryland, dat weliswaar het uitsluitend kerkelijk huwelijk kent, doch de godsdienstige invloed tot de vorm beperkt. De beletselen zijn er formeel en materieel geseclariseerd, de rechtspraak wordt uitgeoefend door de staat, de wijzen van ontbinding zijn burgerlijk geregeld. Tussen deze twee uitersten

bestaan andere regelingen, die dus aan de godsdienst een ruimere betekenis toekennen dan Maryland, doch een geringere dan bijvoorbeeld Israël.

Het exclusief religieus huwelijk hebben thans nog Andorra, Quebec, Griekenland, verschillende Mohammedaanse staten, als Afganistan, Egypte en Syrië, voorts Libanon en de nieuwe staat Israël, vroeger ook Rusland en tot voor kort Bulgarije.

Een drietal regelingen willen we thans meer gedetailleerd bezien, n.l. die van Quebec, die van landen met het religieus personeel statuut, en het stelsel van Griekenland.

§ 1. QUEBEC.

Quebec heeft wél het eigen gecodificeerde burgerlijk recht gebaseerd op de Franse Code civil, doch de band met het „ancien droit” bleef in het wetboek van Quebec meer bewaard dan in de Franse Code,¹ vooral in de regeling van het huwelijk. Voor een groot deel werd de ideologie der Franse Revolutie in Quebec niet gevolgd, waarvoor wellicht het feit, dat bij het verdrag van Parijs in 1763 de Franse koloniën in Amerika aan Engeland werden afgestaan, een verklaring vormt. Directe Franse invloed werd er althans zeker door afgesneden.

Heeft Frankrijk onder toepassing der contractstheorie het huwelijk volledig onder de staatsmacht betrokken, voor een dergelijke verwereldlijking van het huwelijk is Bas-Canada gespaard gebleven. De wetgever van Quebec heeft zich meer laten leiden door de leer van de dubbele rechtsmacht: kerk en staat regelen tezamen het huwelijk. Men is aan de kerk, als tijdens het „ancien régime”, een plaats blijven toekennen, en bij de sluiting van het huwelijk, en bij de regeling van de beletselen, en - praktisch - in de rechtspraak. Anders echter dan tijdens het „ancien régime”, toen men rehtens slechts de Katholieke Kerk erkende, hebben thans - nu niet meer het „cuius regio, illius et religio”, doch „la liberté de conscience et des cultes” als beginsel geldt - de andere kerkgenootschappen dezelfde rechten.

Het huwelijksrecht van Quebec is interessant, omdat de ontwikkeling van dat recht tijdens het „ancien régime” er sindsdien een geheel eigen aftakking heeft gekregen.

Naar het ons voorkomt, staat het beletselenrecht van Bas-Canada bepaaldelijk onder invloed van Pothier's leer, welke wij in het eerste deel bespraken. Burgerrechtelijk gelden niet slechts de beletselen, die de Code van Quebec met name noemt, doch ook die, welke naar kerkelijke beschouwing de geldige totstandkoming van een huwelijk verhinderen. En zoals Pothier bij strijd tussen de door de staat en de Kerk vastgestelde impedimenten die

¹ P.-B. MIGNAULT, Les rapports entre le droit civil et la „common law” au Canada, spécialement dans la province de Québec, in: Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'EDOUARD LAMBERT, Paris, 1938, Band 2, § 72, p. 90.

van de staat op die van de Kerk laat prevaleren,² zo wordt ook in Quebec het kerkrecht slechts burgerrechtelijk effect gegarandeerd, voorzover die religieuze voorschriften niet afwijken van die der burgerlijke wet.

Quebec kent dus civiliter tweeërlei beletselen:

1. de burgerlijke, d.w.z. die, welke de staat in het burgerlijk wetboek met name noemt (artikelen 115-126), en
2. de ongeldigmakende bepalingen, door het kerkrecht van partijen gesteld. De eerste vertonen nauwe verwantschap en met het oud-Franse recht en met die van het canoniek recht van vóór de Codex, al missen ze een specifiek godsdienstig karakter.

Onder canonieke invloed gelden als minimum-leeftijdvereisten voor de man veertien jaar, voor de vrouw twaalf (art. 115). Bepaald is, dat de toestemming van partijen tot de essentie van het huwelijk behoort. Impotentie is een ongeldigmakend beletsel (artikel 117); men deelde in Quebec blijkbaar niet de angst van de Franse Code-wetgever voor „*preuves scandaleuses*” en hield het bij de oude canonieke bepaling. Artikel 118 stelt als beginsel het monogame huwelijk. De toestemming van ouders en voogden tot het huwelijk van minderjarigen is op straffe van nietigheid van het huwelijk vereist. Bovendien belooft de geestelijke, die medewerkt aan de voltrekking van een huwelijk, waartoe de ouders of voogden hun toestemming niet hebben gegeven, de kans, dat tegen hem een schade-actie wordt ingesteld.³ Weliswaar heeft Quebec derhalve het moderne Franse recht in zoverre gevolgd, dat het ontbreken van bewilliging van derden thans - anders dan tijdens het „*ancien régime*” - onmiddellijk een ongeldigmakend beletsel vormt, doch voor het overige heeft het o.i. bij de opstelling van het voorschrift meer voor ogen gehad de bepalingen van de oude koninklijke decreten, o.a. van de Ordonnance de Blois,⁴ zoals die in de oude rechtspraak effectief golden, dan dat het de bepalingen van de Franse Code naschreef.⁵

Artikel 127 kent de kerkelijke beletselen burgerrechtelijk gevolg toe: „*Les autres empêchements, admis d'après les différentes croyances religieuses, comme résultant de la parenté, de l'affinité et d'autres causes, restent soumis aux règles suivies jusqu'ici dans les diverses églises et sociétés religieuses*”. Het tweede lid verklaart de kerkelijke autoriteiten tot dispensatie van die beletselen competent: „*Il est en même quant au droit de dispenser de ces empêchements, lequel appartiendra tel que ci-devant à ceux, qui en ont joui par le passé*”. De invloed van de leer van de dubbele rechtsmacht is hier onmiskenbaar aanwezig: kerk en staat zijn beiden bevoegd ongeldigmakende beletselen te vestigen. De bepaling van artikel 127 is een herinnering aan de tijd, dat geleerd werd, dat kerk en staat het ene, hetzelfde huwelijk samen

² Vgl. p. 61 hiervóór.

³ Zie artikelen 119, 120, 121, jo 150 Code civil. Vgl. GERARD TRUDEL, *Traité de droit civil de Québec*, Tome 1, Montréal, 1942, p. 366. Vele van de gegevens, verwerkt in onze beschouwing van het huweliksrecht van Quebec, ontleenden wij aan TRUDEL's *Traité*.

⁴ Artikelen 40-42, zie hiervóór p. 29, noten 72 en 73

⁵ In Quebec zijn, als volgens de Ordonnance de Blois, alleen de ouders en voogden tot het geven van toestemming geroepen. Vgl. daarmede Code civil français, artikel 150.

moesten regelen. Beperkte men dat recht voorheen tot de Katholieke Kerk, de aan alle godsdiensten gewaarborgde vrijheid eiste, dat ook de beletselen van andere kerken dan de R.K. „in civilibus” werden erkend.

Dat het kerkrecht burgerlijk effect wordt toegekend, lijkt ons de meest voor de hand liggende interpretatie van het artikel. Toch wordt de bepaling niet door alle Canadese auteurs en rechters in die zin begrepen. Men heeft gemeend aan die kerkelijke beletselen burgerlijke werking te moeten ontzeggen. De bezwaren tegen zodanige werking waren, naar het schijnt, van die aard, dat men a priori iedere burgerlijke gelding van kerkrecht wilde afwijzen. Burgerrechtelijk zouden slechts de beletselen van de artikelen 115-126 van belang zijn. Artikel 127 moet dan betekenen, dat iedere godsdienst „binnenkerkelijk” andere beletselen dan de burgerlijke kan erkennen, op grond waarvan de bedienaar van de godsdienst zijn assistentie bij het voltrekken van een huwelijk mag weigeren.⁶ Hij zou dan zijn functie van „ambtenaar van de burgerlijke stand” niet behoeven te vervullen. Die opvatting lijkt ons niet wel houdbaar. Zij is aprioristisch, negeert zonder meer de duidelijke tekst van de wet en maakt het bestaan van het artikel overbodig,⁷ terwijl zij in het licht der rechtsgeschiedenis mede niet is te aanvaarden. Hoofdzakelijk na 1921, toen de Privy Council besliste in de door ons bestreden zin, maakte deze leer opgang, doch slechts voor korte tijd. Men is onlangs op de door de Privy Council afgewezen interpretatie teruggekomen.⁸

De opvatting van de burgerlijk-religieuze aard van het huwelijk heeft noch in het oude Frankrijk, noch in het moderne Quebec, de voormalige Franse kolonie, een gemengde huwelijksvorm te voorschijn geroepen. De rechtsvorm van het huwelijk is in Bas-Canada religieus. Dat land „ne reconnaît pas de mariages purement civils. Il se contente de reconnaître et de sanctionner le mariage religieux”.⁹ De eis van de publieke sluiting heeft men in de Code behouden,¹⁰ terwijl tot assistentie bij die sluiting bevoegd worden verklaard „tous prêtres, curés, ministres et autres fonctionnaires autorisés par la loi à tenir et garder registres de l'état civil”.¹¹ Men zou kunnen menen, dat burgerlijke functionarissen niet worden uitgesloten. Toch kan dit de

⁶ TRUDEL, p. 385.

⁷ Er is een andere bepaling in het wetboek, n.l. artikel 129, 2e lid, die - anders dan artikel 127 - met zoveel woorden een garantie geeft voor de gewetens- en bedieningsvrijheid van de geestelijke, juist in zijn kwaliteit van ambtenaar van de burgerlijke stand. Nu is het wel niet aan te nemen, dat de wetgever in twee artikelen hetzelfde heeft willen bepalen. Ook kan de wetgever met artikel 127, 2e lid bezwaarlijk hebben bedoeld te bepalen, wie competent is om van de enkel „binnenkerkelijk” geldende beletselen te dispenseren. En deze uitleg moet toch aan artikel 127, 2e lid worden gegeven, als artikel 127, 1e lid alleen zou vaststellen, dat „in foro ecclesiastico” andere beletselen dan de burgerlijke van kracht kunnen zijn. Bovendien moge nog hierop worden gewezen, dat, nadat de artikelen 115-126 de burgerlijke beletselen die uiteraard burgerrechtelijk gelden, heeft genoemd, artikel 127 voortgaat met „Les autres empêchements . . .”, waaronder verstaan moeten worden de andere beletselen, die naast die van de artikelen 115-126, „in foro civili” van kracht zijn.

⁸ Nl het Hof van Appél, TRUDEL, p. 385.

⁹ TRUDEL, p. 391. Aldus ook de rechtspraak.

¹⁰ Art 128.

¹¹ Art 129.

betekenis der bepaling niet zijn, nu Quebec de registers van de burgerlijke stand niet heeft gesecculariseerd, doch het houden daarvan aan de bedienaren van de godsdienst heeft toevertrouwd,¹² zoals in het „ancien régime” het geval was. Wel zijn ook andere autoriteiten dan geestelijken in buitengewone gevallen, subsidiair, tot het opmaken van geboorte-akten bevoegd,¹³ doch aan het houden van deze speciale registers schijnen zij niet het recht te kunnen ontleenen bij een huwelijk als ambtenaar van de burgerlijke stand te fungeren. Slechts zij, die de gewone registers houden, en dat zijn de geestelijken, zijn daartoe competent.¹⁴ De Code civil bewaart er het stilzwijgen over, hoe zij, die geen godsdienst belijden, moeten trouwen: „Pour se marier en Bas-Canada il faut être chrétien”, zegt Girouard.¹⁵

Het is in de literatuur en de rechtspraak van Quebec een omstreden vraag, of de bevoegdheid van de geestelijke beperkt is tot de leden van zijn kerkgenootschap, dan wel, of die bevoegdheid algemeen is, zodat ook niet-leden van zijn kerk voor hem rechtsgeldig een huwelijk kunnen aangaan. Zijn derhalve partijen, die een huwelijk wensen aan te gaan op hun eigen zielzorger aangewezen, dan wel kan het huwelijk voltrokken worden voor iedere bedienaar van de godsdienst, welke ook?

Zowel zij, die de geestelijke een beperkte, als degenen, die hem een algemene bevoegdheid toekennen, putten de argumenten voor hun zienswijze voornamelijk uit de bepaling van artikel 129, 2e lid, krachtens welke geen geautoriseerd geestelijke verplicht is tot de „voltrekking” van een huwelijk, waartegen de leer en discipline van zijn kerk zich verzetten.

Sommigen lezen in het artikel a contrario, dat, als kerkrechtelijk geen beletsel tegen het huwelijk bestaat, de geestelijke wél de plicht heeft aan de totstandkoming van het huwelijk mede te werken. Men vraagt zich af, waarom de wet de geestelijke van partijen tot voltrekking zou verplichten, als partijen vrij zouden zijn hun huwelijk te sluiten voor iedere bedienaar, van welke religie ook. Als dit de bedoeling van de wet zou zijn dan mist de wetbepaling, die de geestelijke tot celebratie verplicht, iedere zin. Daarom kunnen twee Katholieken slechts geldig huwen voor een R.K. priester, twee Protestanten slechts voor de dominee.¹⁶

Anderen leiden uit artikel 129, 2e lid af, dat iedere bedienaar, welke ook, bevoegd is tot voltrekking van ieder huwelijk, welke ook de religie van partijen is.¹⁷ Het artikel is algemeen geredigeerd en beperkt de bevoegdheid van de pastoor niet tot Katholieken, die van de dominee niet tot Protestanten. Wie primair competent is tot het houden van registers van de burgerlijke stand, kan ieder huwelijk „sluiten”, ongeacht de godsdienst van de celebrant

¹² Zie art. 44; vgl. ook art. 42.

¹³ Art. 53 a.

¹⁴ TRUDEL, p. 394; zie ook G. ROLIN-JACQUEMIJNS, in: *Revue de droit international et de législation comparée*, Tome II, 1870, p. 545: „la célébration des mariages est encore exclusivement confiée aux ministres de la religion des parties”.

¹⁵ DESIRE GIROUARD, *Considérations sur les lois civiles du mariage*, Montréal, 1868, p. 33.

¹⁶ Aldus de rechtspraak. Zo ook GIROUARD.

¹⁷ Aldus het Hooggerechtshof in de zaak KAHN-GARON.

en van de partijen. En als de wet zegt, dat de bedienaar van de godsdienst uit religieuze overwegingen zijn assistentie kan weigeren, dan zou zulks betekenen, dat de wet in het algemeen toestaat, dat men onder alle omstandigheden een beroep op de medewerking van iedere bedienaar kan doen. Dan kunnen twee Katholieken burgerlijk geldig trouwen voor de dominee, de Protestanten voor de R.K. pastoor.

Al moge een meer liberale zienswijze deze algemene bevoegdheid van de bedienaar voorstaan, toch menen wij de beperktheid van zijn competentie te moeten aanvaarden. Niet in het minst hierom, omdat Quebec onder invloed van de 19e eeuwse ideologie van „liberté de conscience et des cultes” in artikel 129 bedoeld heeft de bedienaren van andere godsdiensten dan de Katholieke hetzelfde recht toe te kennen, als tijdens het „ancien régime” alleen de R.K. pastoors hadden bezeten. Maar, gelijk in het „ancien régime” de Katholieken op hun pastoor waren aangewezen, zo bleven ze dat daarna en zijn ze dat nog onder vigueur van de Code civil. Naar analogie moet men o.i. aannemen, dat ook de niet-Katholieken zich tot hun eigen zielzorgers moeten wenden. Juist in het huwelijksrecht vooral heeft Quebec zich principieel van de Franse conceptie van 1792 en daarna gedistancieerd en heeft het zoveel mogelijk de band met het verleden willen bewaren.¹⁸

Toch is er een belangrijk verschil met het stelsel van het „ancien régime”. Tóen kon men dank zij „l'appel comme d'abus” het parlement vragen om de geestelijke, die „abus” pleegde door willekeurig, op een vermeende dogmatische of disciplinaire grond, de assistentie bij een huwelijk te weigeren, de huwelijksvoltrekking te gelasten. Het moderne Quebec echter biedt partijen ook voor een onrechtmatig weigeren door de geestelijke geen mogelijkheid van appel op de burgerlijke rechter. En al moge dan volgens sommigen artikel 129, 2e lid de geestelijke tot assistentie verplichten, een mogelijkheid om de geestelijke tot nakoming van die plicht te dwingen bestaat in Quebec niet.

Vermelden we nog, dat aan het huwelijk kerkelijke afkondigingen moeten voorafgaan.¹⁹ De wetgever sloot zich aan bij het oude recht door aan het achterwegeblijven der afkondigingen niet als sanctie de nietigheid van het huwelijk te verbinden; in de rechtspraak echter is in enkele gevallen de geldigheid van het huwelijk wél van het plaatshebben der afkondigingen afhankelijk gesteld.²⁰

Quebec heeft niet alleen het beperkte begrip van het huwelijkscontract der Franse Revolutie afgewezen, doch heeft zich ook niet door overwegingen van andere aard laten verleiden tot erkenning van een andere mogelijkheid van ontbinding des huwelijks dan door de dood van een van de partijen. Te dien aanzien sloot men liever aan bij het recht dat van ouds had ge-

¹⁸ De redacteurs van de Code hebben verklaard „qu'ils voulaient se conformer à l'esprit des anciens usages”; vgl. ROLIN-JACQUEMINS, (aangehaald op p. 101, noot 14).

¹⁹ Art. 130, jo art. 157.

²⁰ Vgl. TRUDEL, p. 451.

golden. Artikel 185 bepaalt het uitdrukkelijk: alleen de dood ontbindt het huwelijk. Men heeft mede aansluiting gezocht bij het canoniek recht door te bepalen, dat het vermoeden van overlijden, gebaseerd op de afwezigheid van een van de partijen, welk rechtsvermoeden in het algemeen burgerrechtelijk niet zonder belang is, geen huwelijk-ontbindende factor is. Wil men een tweede huwelijk aangaan, dan zal het zekere bewijs van de dood van de afwezige moeten worden geleverd.²¹ En zou, als dat bewijs werd geleverd, een tweede huwelijk volgen, dan zal toch de nietigheid van dat tweede huwelijk moeten worden aangenomen, als de afwezige ondanks dat zekere bewijs van zijn dood toch in leven blijkt te zijn.²²

Toch kent men in Quebec echtscheiding. Niet, als gezegd, op grond van het eigen burgerlijk recht, doch dank zij de Federale echtscheidingswet. Artikel 91 van de „Acte de l'Amérique britannique du Nord” van 1867 heeft de regeling van de echtscheiding exclusief aan het federale bestuur ter regeling voorbehouden. Op eigen gezag mogen de Canadese provincies daaromtrent generlei regelingen treffen.²³ Bij de wet van de federale wetgever van 1927 werd nu echtscheiding voor het gehele Canadese gebied mogelijk gemaakt.

Al hebben echter de Bas-Canadezen rechte tens de bevoegdheid tot echtscheiding, feitelijk wordt er in Quebec geen echtscheidingsvonnis gewezen, daar er geen rechtbanken bestaan, die bevoegdheid bezitten tot het uitspreken van een dergelijk vonnis. Vandaar dat het Canadese parlement zelf de echtscheidingsaanvragen van bewoners van Quebec behandelt en echtscheiding van geval tot geval bij de wet uitspreekt.²⁴

De rechtspraak in huwelijkszaken wordt door de burgerlijke rechtbanken uitgeoefend. In dat opzicht heeft zich dus de secularisatie ook in Quebec voltrokken. Overigens mag niet worden vergeten, dat feitelijk de toestand niet zoveel van die van het „ancien régime” verschilt, nu op het einde van die periode de kerkelijke rechtspraak meer theoretische dan effectieve betekenis had. Ondanks die verwereldlijking zijn de beslissingen van kerkelijke rechtbanken praktisch niet zonder ook burgerrechtelijke betekenis. Wanneer er sprake is van een huwelijk tussen Katholieken, dan stelt de burgerlijke rechter bij een nietigheidsactie de processtukken meestal in handen van de kerkelijke rechter, die omtrent de kwestie, waar het om gaat, een „uitspraak” doet. De burgerlijke rechter, die uiteindelijk formeel zal hebben te beslissen, legt zich dan meestal bij de kerkelijke uitleg neer.

²¹ Art. 108.

²² TRUDEL, p. 339; zie hierna p. 189 vlg..

²³ Vgl. MARTINDALE-HUBBELL, Law Directory, 83 Annual Edition 1951, Vol. III, Complete Legal Directory Service, Part III, New Jersey, onder: Canada law digest.

²⁴ Gronden van echtscheiding worden in de wet van 1927 niet genoemd. Iedere naar het inzicht van het Parlement voldoende grond kan tot een echtscheidingswet leiden.

Er zijn voorbeelden, dat echtscheiding werd uitgesproken op grond van impotentie; vgl. MARTINDALE-HUBBELL.

§ 2. STATEN MET RELIGIEUS PERSONEEL STATUUT.

De hechte verbondenheid van godsdienstig en burgerlijk-maatschappelijk leven, kenmerkend voor onze landen der Christelijke Middeleeuwen, treft men nog grotendeels aan in Islamitische staten. De godsdienst speelt daar in het openbaar leven een andere rol dan te onzent. De „kerk” neemt er een andere plaats in dan op het Europese continent, waar scheiding van kerk en staat de ideaal-toestand schijnt te zijn, hoezeer ook in strijd met de onverdeelbaarheid van de menselijke persoon.

Wel moet worden erkend, dat de West-Europese rechtsinvloed op de wetgeving van Mohammedaanse gebieden groot is, zo zeer zelfs, dat zij in Turkije en Albanië secularisatie van het huwelijk tot gevolg had, en in andere landen, Egypte en Perzië, tot codificatie leidde; in beide landen van het burgerlijk recht, in Perzië bovendien van het strafrecht.²⁵ Doch de meeste Mohammedaanse staten wijzen een verwereldlijkt familierecht, een staats-huwelijk, principieel af. De seculariserende gezagsdragers van Europese origine zijn daar trouwens wel van overtuigd. Toen het ontwerp-Violette de Algerijnen praktisch het Franse staatsburgerschap wilde aanbieden, ging men daarbij niet zover hen te verplichten afstand te doen van hun eigen godsdienstig familierecht.²⁶ En in Syrië beperkte een decreet van 28 April 1926, uitgevaardigd door de Franse Hoge Commissaris, wel de rechtsmacht van de kerkelijke rechters ten voordele van de burgerlijke, maar men wachtte zich wel de kerkelijke jurisdictie in huwelijkszaken aan te tasten.

Naar Mohammedaanse opvatting is een niet onbelangrijk deel van wat wij burgerlijk recht noemen een eigen zaak der religie. Zo hoort ook het huwelijk uitsluitend te worden geregeld door wat het recht van de Koran daaromtrekt zegt. Het is het typisch Oosters religieus personeel statuut, dat het huwelijk beheerst.

Echter genieten niet slechts de aanhangers van de Islam een dergelijk voorrecht. Men is in de Moslim-landen zozeer van het exclusief religieus karakter van het huwelijk doordrongen, dat het godsdienstig personeel statuut er een algemene werking heeft, in ieder geval voor niet-vreemdelingen. Het verschil van de ene godsdienst tot de andere, er zijn er zoveel als er religies zijn.²⁷ Pluraliteit van huwelijksrecht, afhankelijk van de godsdienst van partijen, is het kenmerk. Ja, men dringt er, als het ware, ook die godsdienstige gemeenschappen, die in huwelijk primair een wereldlijke zaak zien, zoals de Protestantse belijdenissen, een eigen godsdienstig recht en een eigen ker-

²⁵ Vgl. CHOUCRI CARDAHI, *Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: Le statut personnel musulman*, in: *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'EDOUARD LAMBERT*, Band 2, Paris, 1938, § 112, p. 604. Voor de invloed van het Islamitisch recht op het burgerlijk wetboek van Egypte, zie ABD-EL-RAZZAK AH. EL. SANHOURY BEY, *Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien*, in: *genoemd Recueil*, Band 2, § 113, p. 621 vlg.

²⁶ CHOUCRI GARDABI, p. 605.

²⁷ Zie IBRAHIM AOUAD, *L'attachement du peuple marounite au statut personnel de sa communauté*, in: *de in noot 25 genoemde Recueil*, Band 2, § 115, p. 648 vlg.

kelijke rechtspraak op. Dit deed Egypte in 1902 door de instelling van een Algemene Protestantse Raad, samengesteld uit vertegenwoordigers der erkende Protestantse kerken. Die raad oefent de rechtspraak uit met betrekking tot de zaken van het personeel statuut en moet daarbij die bepalingen toepassen, die voor de erkende Protestantse kerken maatgevend zijn.²⁸ Als door de staatsoverheid erkend beginsel geldt, dat die overheid met de regeling van het huwelijk geen bemoeienis heeft, noch met de rechtspraak.²⁹ Er bestaat ook niet een subsidiair burgerlijk huwelijk, voor godsdienstlozen of aanhangers ener niet erkende religie. Er zijn wel voorbeelden te noemen van civiele wetgeving over het huwelijk, maar die bevestigen dan, dat het huwelijk een aangelegenheid van de godsdienst is. Zo bevat het Egyptische wetboek een regeling van het huwelijk, maar zij is slechts een weergave van het Mohammedaanse recht volgens Hanafitische ritus. Voor de belijders van andere godsdiensten geldt het eigen, niet in de burgerlijke wet opgenomen, kerkrecht. Ook Afganistan geeft een voorbeeld van burgerlijke interesse door zijn wet van 1934. Maar in artikel 1 worden partijen onmiddellijk naar het Mohammedaans recht verwezen. De wet is alleen bedoeld paal en perk te stellen aan ongodsdienstige gebruiken en wil de grote feestelijkheden beperken, die voordien blijkbaar veelal met de huwelijksluiting gepaard gingen, waardoor minder draagkrachtigen uit financiële overwegingen van het aangaan van een huwelijk werden afgeschrikt. Iran regelt sedert 12 Maart 1935 in zijn Burgerlijk wetboek³⁰ het huwelijk, doch slechts voor Schiitische Perzen, wier godsdienstig recht, als in Egypte, alleen formeel werd gesecculariseerd. Voor de rest van de bevolking geldt de wet van 22 Juli 1933 over het Personeel Statuut. Zij bepaalt, dat de rechtbanken met betrekking tot kwesties van niet-Shiitische Iraniers, wier godsdienst officieel is erkend, het godsdienstig recht van partijen hebben toe te passen. Bij verschil van godsdienst moet bij huwelijkszaken rechtgesproken worden volgens de godsdienstige regels en gewoonten van de religie, welke de man belijdt. Dat het kerkrecht ook voor de wijzen van ontbinding geldt, wordt in de wet uitdrukkelijk vermeld.

Wordt derhalve het huwelijk integraal door de geldigheidsbepalingen van de godsdienst van partijen geregeld, terwijl ook ten aanzien van de ontbinding het kerkrecht van toepassing is, ook de rechtspraak wordt door kerkelijke rechters uitgeoefend. Over Egypte, dat daaromtrent aanvullend regelde, spraken we al. Een „Palestine order in council” van 1922³¹ wees aan de

²⁸ Ook voor de leden van de Koptische Kerk (1883) en voor de Armenisch-Katholieken (1905) zijn dergelijke instanties in het leven geroepen. Zie BERGMANN, 2 Band, p. 327-328.

²⁹ De nieuwe staat Israel heeft krachtens een wet van 1948 het tot 14 Mei van dat jaar in Palestina geldende recht gehandhaafd. Palestina erkende het godsdienstig personeel statuut, zodat dit thans ook in de Joodse staat Israel het huwelijksrecht bepaalt. Zie voor Israel R. GOTTSCHALK, Personal status and religious law in Israel, in *The international law quarterly*, vol 4, no 4, October 1951, p. 444 vlg.

³⁰ Vile boek, artikelen 1034-1157, BERGMANN, Band 2, p. 455 vlg.

³¹ BERGMANN, Band 2, p. 590 vlg.

In ieder geval in Israel nog geldend, zie GOTTSCHALK, p. 444. Hoe de regeling van het huwelijk in Jordanie is, is ons niet bekend.

kerkelijke rechtbanken de huwelijkszaken ter berechting toe. Voor huwelijkskwesties van Mohammedanen, is de Mohammedaanse rechter competent, voor Joden de Joodse en voor Christenen de rechter der verschillende Christelijke kerken. Behoren partijen tot een verschillend kerkgenootschap, dan beslist een burgerlijke justitiële autoriteit, welke rechtbank bevoegd is. Voor zover ons bekend, is ook in Syrië de toestand nog altijd zó, dat uitsluitend de kerkelijke rechter bevoegd is tot kennisneming van huwelijkszaken.³²

§ 3. GRIEKENLAND.

De huwelijksregeling van Griekenland heeft veel weg van die van Frankrijk tijdens het „ancien régime”. Evenals Frankrijk toen, heeft Griekenland thans een zekere theologische conceptie van het huwelijk. Werd daar het huwelijk als een aangelegenheid van godsdienstige aard gezien, werd het sacramentele karakter erkend - zonder dat dit nochtans als een belemmering werd beschouwd voor reglementering door de burgerlijke overheid -, gelijksoortig is de opvatting in Griekenland, zoals die uit de regeling van het huwelijk blijkt. Was de Gallicaanse Kerk aan de Franse staat grotendeels ondergeschikt, de Grieks-Orthodoxe staatskerk, hoewel bevoorrecht vergeleken met de andere kerken, heeft nauwe betrekkingen met de Griekse staat. Zij schijnt de burgerlijke inmenging in huwelijksaangelegenheden ook ten aanzien van leden van de Orthodoxe Kerk te accepteren. Zij heeft trouwens ook niet in doctrine de opvatting, als zou de staat zich van iedere bemoeienis moeten onthouden.³³

De 19e en 20e eeuw tonen ons het beeld van een ontwikkeling, waarin de staat zich steeds meer losmaakt van de huwelijksregeling van de Griekse kerk. Was het huwelijk voordien een aangelegenheid, welke zo niet geheel, dan toch voor het grootste gedeelte door het recht van de kerk werd beheerst, langzamerhand heeft het Griekse staatsbestuur dat kerkrecht voor een deel opzijgeschoven en heeft er wereldlijk recht voor in de plaats gesteld.³⁴ Op het gebied van het echtscheidingsrecht spreekt dit wellicht nog

³² Vgl. MARTINDALE HUBBELL, onder Syria, zie voor Syrie ABDUL KARIM HUSSAMI. Le mariage et le divorce en droit musulman et particulièrement dans son application en Syrie, Lyon, 1931. Ook in de republiek Libanon met een in meerderheid Christelijke bevolking, geldt met betrekking tot het huwelijk het religieus personeel statuut. Wel werd daar de rechtspraak door een wet van 3 Februari 1930 gedeeltelijk gesecculariseerd, maar artikel 34 van die wet reserveert voor de kerkelijke rechters o a de huwelijkskwesties. De rechters moeten het religieuze huwelijksrecht toepassen. Zo bestaat er een grote pluraliteit van huwelijksrecht (Libanon kent achttien verschillende godsdiensten). Zie over Libanon, BERGMANN, Band 2, p 390 vlg., IBRAHIM AOUAD, p 648 vlg.

³³ Vgl. JUGIE, Mariage dans l'Eglise Gréco-Russe, in A. VACANT e a, Dictionnaire de théologie catholique, Tome 9, Paris, 1926, kol 2317-2331, kol 2329. Volgens de Grieks-Orthodoxe leer zijn Kerk en staat beiden bevoegd wetten te maken omtrent het huwelijk.

³⁴ Zo had b.v. de Heilige Synnode in 1835 bepaald, dat het huwelijk op straffe van nietigheid slechts met toestemming van de bisschop mocht worden gesloten. Ook „in foro civili” gold deze bepaling. In 1924 werd zij echter door de burgerlijke wetgever voor dat forum afgeschaft. Tevoren (bij de wet van 15 October 1861) was al bepaald, dat, als er geen wettelijk huwelijksbeetel was, die toestemming niet mocht worden geweigerd op deze grond alleen, dat het voorgenomen huwelijk gemengd zou zijn, d.w.z. zou gesloten worden door een Grieks Orthodoxe partij en een, die een andere Christelijke godsdienst beleeft dan de Orthodoxe. Burgerlijk werden althans die gemengde huwelijken erkend.

het sterkst.³⁵ Heden ten dage wordt het huwelijk enkel en alleen door de burgerlijke wet geregeld en is de burgerlijke geldigheid van de inachtneming der burgerlijke bepalingen afhankelijk. In 1946 heeft zich een volledige secularisatie voltrokken. Doch slechts formeel, n.l. in die zin, dat het huwelijk voor de Griekse staat ten volle geregeld wordt in het nieuwe burgerlijk wetboek. Niet in materiele zin evenwel, omdat het „formeel-burgerlijk” recht een sterke Grieks-Orthodoxe inslag vertoont.³⁰

Voor de staat geldt het huwelijk principieel als een sacramentele band; voor de totstandkoming kent de Griekse wet geen andere dan de kerkelijke vorm. Kerkelijken zowel als niet-kerkelijken zijn er aan gebonden. Men schijnt er van uit te gaan, dat ieder een godsdienst belijdt, althans er een moet belijden. Van zo groot gewicht acht men de kerkelijke vorm, dat Grieken, ook wanneer zij in het buitenland trouwen, er aan gebonden zijn en wel op straffe, dat hun huwelijk in Griekenland niet wordt erkend. Alhoewel ook voor het Griekse internationaal privaatrecht in het algemeen de regel „locus regit actum” geldt, voor het huwelijk accepteert men die niet.³⁷

Partijen waarvan er althans één Grieks katholiek is, moeten op sanctie van nietigheid huwen voor de Grieks-Orthodoxe bedienaar van de godsdienst en wel volgens de vorm van die belijdenis. Sedert 1946 bestaat het voorschrift, dat aan het huwelijk - kerkelijke - afkondigingen moeten voorafgaan.³⁸ De huwelijksvorm van anderen wordt geregeld door de voorschriften

³⁵ Vgl G DIOBOUTIOTIS, Das Eherecht in Griechenland, in LESKE-LOEWENFELD, Band IV, p 763 vlg

³⁶ Voor onze beschouwing maakten wij o.a. gebruik van *Mariage, régimes matrimoniaux, successions et donations en droit grec*, Extrait du „Juris Classeur Notarial”, 2e P. Formules commentées, Législation comparée, 2me éd -10, 1947, Grèce par PH FRANCÉAKIS et NICOLAS VALTICOS De codificatie van het familierecht is van zeer recente datum Tot 1946 golden een aantal naast elkaar staande burgerlijke wetten, terwijl mede regels, door de Grieks Orthodoxe Kerk in haar synodes vastgesteld, als bindend door de Griekse rechtspraak werden erkend Door sommige rechtbanken werd ook toegepast het canoniek recht der RK Kerk, als het betrof een huwelijk van twee Rooms Katholieken (vonnis van de rechtbank van Athene van 1910) Daarenboven waren van kracht (door een decreet van Februari-Maart 1835) de wetten der Byzantijnse keizers, bijeengebracht in de verzameling *Hexabiblos* van HARMENOPOULOS, een Byzantijns jurist uit de 14e eeuw (vgl *Hexabiblos seu promptuarium juris civilis*, Ed Heimbach, Leipzig, 1851) Het wetboek van 1946 vertoont materialiter geen of weinig verschil met het huwelijksrecht, zoals dat tot 1946 gold Alleen heeft men nu een uniform, formeel geseculariseerd recht

³⁷ De eis van kerkelijke sluiting van in het buitenland gesloten huwelijken, is in het wetboek niet met zoveel woorden gesteld Dit was ook vroeger niet formeel in een wet voorgeschreven Men mag wel aannemen, dat de Griekse wetgever het voorschrift zo vanzelfsprekend oordeelde, dat uitdrukkelijke vermelding niet nodig werd geacht, vgl FRANCÉAKIS, nos 83 en 84, p 9 Volgens sommigen moet het vereiste, dat het huwelijk ook in het buitenland kerkelijk moet worden voltrokken, niet als een vereiste van formele aard, doch als een „inhoudsvoorschrift”, dat de persoonlijke status van de betrokken partijen betreft, worden beschouwd, vgl RABEL, p 214, Dr L I BARMAT, De regel „locus regit actum” in het internationaal privaatrecht, Amsterdam, 1936, p 233 vlg, R R NEUNER, Der Sinn der internationalprivatrechtlichen Norm, Brunn, 1932, p 42.

Opgemerkt zij in dit verband, dat het Huwelijksverdrag van 12 Juni 1902, artikel 5, tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk slechts een verschil in vorm ziet, zo ook MR DR S VAN BRAKEL, Grondslagen en beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht, Zwolle, 1946, § 118, p 152 Waar het verdrag de huwelijksvoltrekking als „vorm” kwalificeerde, hebben o.a. Rusland en Spanje het verdrag niet willen ondertekenen, vgl BARMAT, p 237 Anders dan VAN BRAKEL MR I H HIJMAN, Algemene problemen van Internationaal Privaatrecht, Zwolle, 1937, p 195 kerkelijk en burgerlijk huwelijk zijn twee soorten huwelijk, die scherp tegenover elkaar staan, „het innigste wezen wordt door die tegenstelling getroffen

³⁸ Artikelen 1367 en 1369 Burgerlijk Wetboek

van de godsdienst van elk der partijen, mits althans die godsdienst in Griekenland is erkend.³⁹

In de Griekse wet ontbreekt een bepaling betreffende het huwelijk van niet-Orthodoxen, die ieder tot een andere godsdienst behoren. Zo zwijgt de wet ook over huwelijken van partijen, die geen godsdienst belijden, of een godsdienst, die niet is erkend. Zou men mogen aannemen, dat in dit geval enkel de concensus voldoende is, nu Griekenland aan de godsdienstige vorm steeds zó grote waarde heeft gehecht? Voor het Griekse recht van vóór 1946 werd dat wel gemeend,⁴⁰ maar voor het huidige schijnt zich daar toch wel de uitdrukkelijke bepaling van artikel 1371 van het burgerlijk wetboek tegen te verzetten: een huwelijk, dat anders dan in de kerkelijke vorm wordt gesloten, moet als niet-bestaand worden beschouwd.

Kent men verschil van rechtsvorm, het beletselenrecht daarentegen geldt algemeen. Als niet uitdrukkelijk anders is bepaald, gelden de beletselen van het burgerlijk recht altijd, welke ook de godsdienst van partijen is. Pluraliteit in vorm, anderzijds uniformiteit van impedimenten.⁴¹

„Disparitas cultus” is er een ongeldigmakend beletsel: Christenen en niet-Christenen kunnen niet met elkaar huwen. De aanvaarding van de sacramentaliteit van het huwelijk riep die regel te voorschijn. Geestelijke verwantschap is een onoverkomenlijk beletsel. Priesterschap evenzeer, terwijl ook aan de monniken van de Grieks Orthodoxe kerk het aangaan van een huwelijk op straffe van nietigheid van de echtverbintenis is verboden.⁴²

Vermelden we nog, dat de rechtspraak door de burgerlijke rechter wordt uitgeoefend.

³⁹ Art. 1371 Burgerlijk Wetboek.

⁴⁰ ΔΙΟΒΟΥΝΙΟΤΙΣ, p. 774.

⁴¹ Art. 1366 Burgerlijk Wetboek. Voor de beletselen zie artikelen 1353 vlg.

⁴² Artikelen 1353, 1361, 1364, jo 1372.

HOOFDSTUK III.

HET CUMULATIEF BURGERLIJK EN RELIGIEUS HUWELIJK.

Voorzover wij konden nagaan, kent nog slechts Uruguay voor de burgerlijke geldigheid van het huwelijk als vereiste - en zulks enkel bij wege van keuze-stelsel, - dat op de burgerlijke voltrekking de kerkelijke huwelijksinzegening volgt. Wel noemen Rigaud in 1930¹ en in navolging van hem Coste-Floret in 1935² ook Roemenie als land, waar dit systeem van kracht is, doch sinds de constitutie van 1923 is de eis van kerkelijke inzegening, zo die al tevoren bestond, vervallen.

Roemenie ging in 1865 over tot de secularisatie van de burgerlijke stand, het huwelijk daaronder begrepen. Het huwelijk moest voortaan burgerlijk worden gesloten. Maar de grondwet van het jaar daarop, welke de secularisatie van de burgerlijke stand-registers handhaafde en voorschreef, dat het opmaken van de burgerlijke huwelijksakte moest voorafgaan aan de huwelijksinzegening, bevatte echter in artikel 22 de bepaling, dat die zegen obligatoir was, behalve in de bij een speciale wet te bepalen gevallen. Aan deze grondwetsbepaling heeft men als betekenis gehecht, dat het burgerlijk huwelijk zonder daarop volgende kerkelijke sluiting „in civilibus” niet gold.³ Doch anderen, als Alexandresco⁴ en uiteindelijk ook definitief de rechtspraak⁵ beweerden, dat de constitutie het in het wetboek van 1865 vastgelegde beginsel van het exclusief burgerlijk huwelijk, geen afbreuk heeft willen doen. De grondwet zou slechts een desideratum voor de toekomst hebben willen kenbaar maken. Men zou ook kunnen zeggen, dat men er behoefte aan gevoelde om op de „gewetensplicht” van het kerkelijk huwelijk te wijzen. Door de constitutie van 1923 werd de moeilijkheid echter opgelost, doordat artikel 23, dat de bepaling van artikel 22 van de grondwet van 1866 herhaalt, de woorden over de verplichting van de huwelijkszegen heeft weggelaten.

Liet het Roemeense recht van vóór 1923 een zodanige uitlegging toe, dat de kerkelijke huwelijksluiting in de regel voor ieder verplicht was, anders is het in Uruguay. Daar is cumulatie van burgerlijke en kerkelijke voltrekking

¹ LOUIS RIGAUD, *Le mariage religieux. Ses effets en droit comparé et en droit international*, Dossiers de l'Action populaire, 10 en 25 Januari 1930, p. 9-10

² ALFRED COSTE-FLORET, *La nature juridique du mariage, Ce qu'elle est dans le Code civil, ce qu'elle devrait être*, Paris, 1935, p. 181

³ COSTE FLORET, p. 181, RIGAUD, p. 9 10, ANDRÉ WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Tome 3, *Le conflit des lois*, 1898, p. 451

⁴ *Droit ancien et moderne de la Roumanie*, p. 72

⁵ JEAN LAISNEY, *Mariage religieux et mariage civil*, Paris, 1930, p. 103, lange tijd was de rechtspraak verdeeld, vgl. ROGUIN, p. 152.

niet het wettelijke stelsel, maar een, dat slechts geldt, als partijen het verkiezen. Artikel 83 van het wetboek van 1914 proclameert het beginsel, dat het burgerlijk huwelijk voor ieder obligatoir is. Vervolgens schrijft artikel 84 de geestelijke op straf van gevangenisstraf tot een maximum van een half jaar⁶ voor niet tot de kerkelijke plechtigheden over te gaan, vóórdat hem uit een bewijsstuk, afgegeven door de ambtenaar van de burgerlijke stand, van de burgerlijke sluiting is gebleken. Tot zover is er weinig verschil met het Franse stelsel.

Men heeft er echter meer dan in de landen met het exclusief burgerlijk huwelijk rekening willen houden met de mogelijkheid, dat een der partijen na de burgerlijke sluiting zich niet aan een tevoren gemaakte afspraak om ook kerkelijk te trouwen zal houden. Dit is een probleem, een verwijt aan het exclusief burgerlijke stelsel, dat in het midden van de vorige eeuw een aantal Franse auteurs tot schrijven zette. Wij komen er in het volgende deel (p. 195 vlg) op terug. Teneinde dat gevolg der dualiteit van kerkelijk en burgerlijk huwelijk zoveel mogelijk op te lossen, bepaalt artikel 91, dat als ongeldigmakend beletsel is aan te merken het ontbreken van de kerkelijke inzegening, als partijen die inzegening als ontbindende voorwaarde⁷ zijn overeengekomen en de nakoming van de afspraak op de dag van de huwelijksluiting wordt verlangd.

Kwestieus is, of, wanneer de kerkelijke sluiting kerkrechtelijk ongeldig is en een der partijen niet ten tweede male tot een kerkelijke huwelijksvoltrekking wil overgaan, de ongeldig-verklaring van het huwelijk „in foro civili” kan worden gevorderd.

⁶ Bij recidive één jaar.

⁷ In de vertaling bij BERGMANN, Band 2, p. 671: „auflösende”.

HOOFDSTUK IV.

HET VOOR SOMMIGEN EXCLUSIEF RELIGIEUS, VOOR DE OVERIGEN EXCLUSIEF BURGERLIJK HUWELIJK.

In dit hoofdstuk bespreken we het stelsel, dat aan een bepaalde groep van de burgers op grond van hun godsdienstige belijdenis exclusief en obligatoir het kerkelijk huwelijk oplegt. Voor degenen, die niet tot die categorie behoren, bestaat uitsluitend het burgerlijk huwelijk, waarvan de in- en uitwendige geldigheidsvereisten door de staat zijn vastgesteld, terwijl ook de huwelijksrechtspraak door de burgerlijke rechter wordt uitgeoefend. Er is in zoverre een gelijkenis met het systeem van de landen met een religieus personeel statuut, dat de burgers onderscheiden worden naar godsdienst. Er is een exclusief religieus huwelijk voor de belijders van een of meer bepaalde godsdiensten en daarnaast is er een staatshuwelijk voor al de anderen. De godsdienst, die men belijdt, bepaalt, op welk huwelijk men is aangewezen. Verschil is er met het stelsel van het religieus personeel statuut, omdat niet ieder aan het godsdienstig huwelijk is gebonden, aangezien er ook een staatshuwelijk is.

Thans is dit soort burgerlijk huwelijk nog bekend in Spanje en Columbia. Tot 1936 gold het in Peru, tot 1938 in Oostenrijk. In het laatste land bestond sedert 1868 nog deze verruiming, dat degenen, die op het kerkelijk huwelijk waren aangewezen, toch burgerlijk konden huwen, als n.l. een kerkelijk beletsel, dat de burgerlijke wet niet kende, zich tegen een godsdienstig huwelijk verzette.

Na een uitvoeriger bespreking van het Spaanse stelsel volgt een korte beschouwing over dat van Columbia, hetwelk in wezen met dat van Spanje overeenstemt.

§ 1. SPANJE.¹

Anders dan Frankrijk had het Katholieke Spanje er geen bezwaar tegen het Trentse huwelijksrecht civiliter executoir te verklaren. PHILIPS II schreef door zijn Réal Cedula van 12 Juli 1564 het canonieke huwelijksrecht ter nakoming voor, en maakte daardoor een eind aan de tot dan toe niet ongebruikelijke huwelijken, welke niet in „*facie Ecclesiae*” werden gesloten.² Alleen

¹ Voor de geschiedenis van het Spaanse huwelijksrecht van de eerste tijden af zie men: EMILE STOCQUART, *Aperçu de l'Evolution juridique du mariage*, II, Espagne, Bruxelles-Paris, 1907; voor modern Spaans recht: FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil Español*, Tomo II, *Derecho de Familia*, Vol. I, *Teoria general del matrimonio*, Madrid, 1946.

² Vgl. PUIG, p. 59, MAURICE SERIN, *Etudes de droit international privé*, I, *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps*, Toulouse, 1929, p. 36.

het met inachtneming der voorschriften van Trente voltrokken huwelijk was geldig. De Spaanse burgerlijke overheid legde zich neer bij de geldigheidsvoorschriften van het canoniek recht en bepaalde zich nagenoeg uitsluitend tot de regeling der zuiver burgerlijke gevolgen. Wel bevatte het van de staat uitgaande recht ook bepalingen, betrekking hebbende op de huwelijksband, en was o.m. de toestemming der ouders tot de huwelijken van hun minderjarige kinderen vereist.³ Doch niet-inachtneming van deze burgerlijke regelingen had niet de nietigheid van het huwelijk tot gevolg.

Over de kwesties van geldigheid of ongeldigheid en „divorcio”⁴ waren uitsluitend de kerkelijke rechtbanken tot vonnissen bevoegd.

In deze toestand kwam eerst in de tweede helft der 19e eeuw als gevolg der revolutionnaire beweging van 1868 wijziging. De liberale constitutie van 1869 proclameerde vrijheid van geweten en godsdienstuitoefening, in aansluiting waarop de bekende wet van 18 Juni 1870 het tot dan toe geldende huwelijkssysteem radicaal omvormde tot dat van het obligatoir burgerlijk huwelijk. Volgens die wet werden geen andere huwelijken als geldig erkend dan die, welke gesloten waren ten overstaan van de burgerlijke autoriteiten.⁵ In verband met het feit, dat het voorschrift ontbrak, dat het burgerlijk huwelijk aan het eventueel kerkelijke moest voorafgaan, zagen vele Spanjaarden, hetzij opzettelijk, hetzij uit gewoonte af van het burgerlijke - civiliter uitsluitend geldige - huwelijk en beperkten zich tot het canonieke. Overigens had door de wet van 1870 niet een volledige secularisatie plaats gevonden. Die staatswet toch vertoonde wat de beletselen betreft een sterk canonieke inslag: de beletselen van „ordo sacer” en „professio religiosa” bleven als dirimerend gehandhaafd.

Doch het burgerlijk huwelijk kon op Spaanse bodem niet wennen. Na een nog geen vijfjarige gelding werd dit liberale stelsel door een decreet van Alphonso XII van 9 Februari 1875 afgeschaft. Evenwel werd niet het exclusief canonieke huwelijk van vóór 1870 hersteld. Weliswaar kreeg het huwelijk, „gesloten in overeenstemming met de heilige canones”, in Spanje wederom alle burgerlijke gevolgen, doch daarnaast werd uit overwegingen van vrijheid van godsdienst het burgerlijk huwelijk ingevoerd voor degenen, die niet de Katholieke godsdienst beleden.⁶ Verder werd de Katholieken de verplichting opgelegd hun obligatoir kerkelijk huwelijk burgerlijk te doen registreren.

De Spaanse *Codigo civil* van 24 Juli 1889 regelt het thans nog geldende recht.⁷ Het wetboek is gegrond op een 27-tal rechtsbeginselen (*Bases*), waar-

³ PUIG, p. 60.

⁴ Scheiding van tafel en bed.

⁵ Artikel 20.

⁶ „El matrimonio civil para caso de necesidad”. De in de periode 1870-1875 enkel voor de Kerk gesloten huwelijken werden burgerlijk geldig verklaard, maar men moest ze nog in de burgerlijke registers laten inschrijven.

⁷ Wij wijzen nog op de korte periode van 28 Juni 1932 tot 12 Maart 1938, toen het systeem van het exclusief burgerlijk huwelijk wederom gold. Ook in deze periode kende het burgerlijk huwelijk zuiver godsdienstige beletselen (artikel 83, 4). In 1938 kregen de oude bepalingen van de *Codigo civil* weer gelding.

van het derde betrekking heeft op het huwelijk.⁸ Kracht van wet hebben die Bases niet, doch zij zijn als grondslag van het burgerlijk wetboek voor de uitlegging daarvan van groot belang te achten. In die derde Base en - in uitvoering daarvan - in de *Código civil* is uitgedrukt, dat Spanje twee vormen van huwelijk kent, het canonieke, verplichtend voor Katholieken, en het burgerlijke voor hen, die de Katholieke godsdienst niet belijden. De bepaling van artikel 42: „La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la religión católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código” zou tot verkeerd inzicht in de structuur van het obligatoire canonieke huwelijk kunnen leiden. Bij eerste beschouwing toch van de tekst van artikel 42 zou men kunnen menen, dat de Spaanse wet alleen de canonieke huwelijksvorm, de formele vereisten, ter inachtneming oplegt, terwijl men wat betreft de materiële geldigheidsvereisten aan die der Spaanse burgerlijke wet is gebonden.⁹ Uit de 3e Base en de artikelen 75 en 76 van het wetboek blijkt echter duidelijk, dat er niet enkel een verschil in wijze van huwelijksvoltrekking is tussen het canoniek en het burgerlijk huwelijk. Spanje kent twee verschillende huwelijken: een canoniek, dat door het kerkrecht wordt geregeld, niet enkel naar de vorm, maar ook ten aanzien van de materiële geldigheidscondities, en waaromtrent alleen de kerkelijke rechter bevoegd is; en een burgerlijk, waarvan de formele en materiële geldigheidsvereisten in het wetboek zijn omschreven (artikelen 83 tot en met 100) en met betrekking waartoe de burgerlijke gerechten uitsluitend competent zijn.¹⁰

Volgens de derde Base, welke verwijst naar het decreet van Philips II van 12 Juli 1564, en artikel 75 *Código civil* worden de persoonsvereisten („requisitos”), de vormvereisten en plechtigheden van het canonieke huwelijk beheerst door het canoniek recht, hetwelk als recht van het koninkrijk wordt erkend. En artikel 76 bepaalt, wellicht ten overvloede, dat een met inachtneming der kerkelijke bepalingen gesloten huwelijk alle burgerlijke effecten ten opzichte van de persoon en de goederen tot gevolg heeft.

Toch laat de burgerlijke wet zich op tweeërlei wijze ook met dit integraal canonieke huwelijk in.

In verband met het belang van een goed geordende burgerlijke stand is bepaald - en dit is het nieuwe, dat de wet van 1889 bracht, - dat bij de huwelijksluiting ten overstaan van de R.K. geestelijke aanwezig moet zijn de rechter of een ander staatsfunctionaris.¹¹ Doch zijn aanwezigheid heeft enkel en alleen tot doel - „con el solo fin” - de onmiddellijke inschrijving van het huwelijk in de registers van de burgerlijke stand te verzekeren.¹² Gehuwd wordt er alleen voor de vertegenwoordiger der Kerk, niet mede ten overstaan

⁸ Een Duitse vertaling bij BERGMANN, deel I, p. 712.

⁹ Zie ook het opschrift van de 4e titel (Het huwelijk), Hoofdstuk I, Afdeling I: De huwelijks-„vormen”; Afdeling II: Bepalingen aan beide „vormen” gemeen.

¹⁰ Artikel 103.

¹¹ Artikel 77; zie PUIG, p. 137 vlg.

¹² PUIG, p. 62, noot 17 en p. 137.

van de staatsambtenaar. Partijen zijn verplicht minstens vierentwintig uur vóór de huwelijksluiting aan de rechter, de „Juez municipal”, mededeling van hun aanstaand huwelijk te doen. Laten ze het na, dan lopen ze een boete op. Van hun mededeling ontvangen ze van de rechter een bewijsstuk, waarop vermeld staat, dat aan de wettelijke mededelingsplicht is voldaan. Eerst na vertoon van dat bewijsstuk mag tot de kerkelijke sluiting worden overgegaan.¹³ Overigens heeft niet-inachtneming der registratievoorschriften geen nietigheid tot gevolg. Want al zou het huwelijk zonder aanwezigheid van de staatsambtenaar worden voltrokken, dan nog is het huwelijk geldig, al worden, wanneer de afwezigheid van de ambtenaar een gevolg is van nalatigheid van partijen, de burgerlijke effecten (in ruime zin) eerst aan het huwelijk toegekend, nadat het alsnog is ingeschreven, en wel van de dag der inschrijving af.¹⁴ Is de schuld voor de afwezigheid van de ambtenaar niet bij de partijen te zoeken, dan geniet het huwelijk de burgerlijke gevolgen van het moment van de sluiting af.

Op de tweede plaats bevat de burgerlijke wet ook voorschriften, die voor beide soorten van huwelijk gelden.¹⁵ Er bestaat een huwelijksverbod voor degenen, die - zo ze minderjarig zijn - een huwelijk aangaan zonder toestemming der ouders te hebben gekregen,¹⁶ en - voorzover zij meerderjarig zijn - de raad van hun ouders niet hebben ingewonnen.¹⁷ Doch de burgerlijke wet, die dit voorschrift van vroegere regelingen overnam, sluit weer aan bij de canonieke bepalingen door in artikel 50 uitdrukkelijk te bepalen, dat een huwelijk, dat zonder toestemming of raadpleging der ouders is gesloten, toch geldig is. De wet verbindt er alleen strafrechtelijke en vermogensrechtelijke sancties aan, zoals algemene scheiding van goederen.

Er bestaat ook een wachttijd voor de weduwe, alvorens zij opnieuw mag huwen,¹⁸ doch overtreding van dit voorschrift heeft niet de nietigheid van het huwelijk tot gevolg.¹⁹

Artikel 80 van het wetboek verklaart de kerkelijke rechters exclusief bevoegd tot kennisneming van huwelijkszaken, al moet het kerkelijk vonnis in de burgerlijke registers worden ingeschreven.

Ondanks de duidelijke bepaling van artikel 42, die de Katholieken obligatoir naar het canoniek recht verwijst, zijn er Spaanse auteurs, die ook aan de Katholieken de bevoegdheid toekennen uitsluitend burgerlijk te trouwen. Zij houden het er voor, dat naar Spaans recht een facultatief burgerlijk huwelijk bestaat. Anderen echter, en zij schijnen de meerderheid te vormen,²⁰ zijn van oordeel, dat voor de sluiting van het burgerlijk huwelijk vereist is,

¹³ Voor het huwelijk in stervensgevaar gelden bijzondere voorschriften, gelijk ook voor geheime huwelijken, artikelen 78 en 79.

¹⁴ Artikel 77.

¹⁵ Zie opschrift van de 2e afdeling, Hoofdstuk I, 4e titel; vgl. noot 9, p. 113.

¹⁶ Artikel 45.

¹⁷ Artikel 47.

¹⁸ Artikel 45.

¹⁹ Artikel 50.

²⁰ Vgl. PUIG, p. 63.

dat door partijen aan de bevoegde burgerlijke autoriteit wordt verklaard, dat zij niet de Katholieke godsdienst belijden.

Een koninklijk besluit van 28 December 1900 zegt, dat „artikel 42 aan de Katholieken de verplichting oplegt volgens de canonieke vorm te trouwen, d.w.z. in overeenstemming met wat door de Kerk en het Concilie van Trente is bepaald” en dat „het duidelijk is, dat de staatsambtenaren niet kunnen ingaan op het verlangen van hen, die louter burgerlijk willen huwen, tenzij de toekomstige echtgenoten hun woord geven, dat zij de Katholieke godsdienst niet belijden”, zulks teneinde niet verantwoordelijk te zijn voor de eventuele nietigheid van zo'n huwelijk.²¹ In dit besluit gaat men er dus van uit, dat, wanneer partijen in strijd met de waarheid verklaren niet-Katholiek te zijn en daarna een burgerlijk huwelijk sluiten, dit huwelijk door het gemis van een persoonlijke, negatief bepaalde, kwaliteit nietig is.

Volgens een koninklijk besluit van 27 Augustus 1905 bevat artikel 42 echter niet meer dan een verwijzing naar de individuele morele - door de godsdienst opgelegde - plicht van een Katholiek het kerkelijk huwelijk aan te gaan. Men zou van partijen geen verklaring mogen eisen, welke godsdienst zij belijden, nu de wet het afleggen van een dergelijke verklaring niet voorschrijft.²²

Een besluit van twee jaar later spreekt zich weer uit voor de mening, die in het besluit van 1900 werd verkondigd.

Volgens een besluit van de Minister van Justitie van 10 Maart 1941 is het om een burgerlijk huwelijk te mogen aangaan nodig, dat partijen onder overlegging van bewijsstukken - en, zo daartoe de mogelijkheid niet bestaat, onder ede - verklaren, „dat zij niet gedoopt zijn”,²³ d.w.z. „no haber sido bautizado en la Iglesia Católica”.²⁴ Deze uitleg geeft thans ook de rechtspraak aan artikel 42 van het wetboek. Anders dan Rabel zegt,²⁵ is het niet voldoende, dat partijen geen praktizerende Katholieken zijn, dat zij weliswaar Katholiek gedoopt zijn, maar van het Katholieke geloof zijn afgevallen. Om burgerlijk te kunnen trouwen wordt als eis gesteld, dat men nooit het doopsel in de Katholieke Kerk heeft ontvangen.

Voor allen, die niet gehouden zijn aan de canonieke voorschriften, gelden de bepalingen van de Código civil. Het huwelijk moet worden gesloten voor de „Juez municipal”, die ook voor afkondigingen heeft zorg te dragen. De burgerlijke rechter is de competente rechter.

²¹ Zie SERIN, p. 39.

²² PUIG, p. 63 geeft als jaar 1905, SERIN, p. 39, 1906.

²³ PUIG, p. 64; vgl. *Leyes civiles de España* por LEON MEDINA Y MANUEL MARAÑON, 9 ed., Madrid, 1949, *Códigos y Leyes Fundamentales en materia civil y mercantil*, zie noot onder artikel 42 Código civil, p. 25: „una declaración jurada de no haber sido bautizado”.

²⁴ Dat deze uitleg aan het besluit van 1941 moet worden gegeven, werd ons medegedeeld door een schrijven van het Ministerie van Justitie te Madrid d.d. 11 November 1952.

²⁵ RABEL, p. 213, noot 51.

§ 2. COLUMBIA.

Evenals in Spanje, zijn de Katholieken ook in Columbia obligatoir aangewezen op het canonieke huwelijk. Voor de overigen bestaat het burgerlijk huwelijk, geregeld in het burgerlijk wetboek.²⁶ Is er te dien aanzien overeenstemming tussen Spanje en Columbia te constateren, anderzijds zijn de Katholieken in Columbia enigszins vrijer dan in Spanje.

Terwijl een Katholiek zich in het laatste land - vooral sedert 1941 - in het geheel niet aan het kerkelijk huwelijk kan onttrekken, is zulks in Columbia wel mogelijk. Als n.l. beide partijen aan de rechter schriftelijk mededelen, dat zij formeel uit de Katholieke Kerk zijn getreden en de Katholieke godsdienst niet meer belijden, dan geldt voor hen de eis van kerkelijke huwelijks-voltrekking niet en kunnen zij met het burgerlijk huwelijk volstaan.²⁷

Aanvankelijk - van 1873 tot 1887 - waren allen verplicht burgerlijk te trouwen,²⁸ doch door de wet no. 57 van 25 April 1887, het Concordaat met de H. Stoel van 31 December van dat jaar en de wet no. 30 van 25 Februari 1888 kwam daarin verandering. De wet van 1887 kende aan het Katholiek-kerkelijk huwelijk burgerlijke gevolgen toe.²⁹ Bij het Concordaat is overeengekomen, dat Katholieken het canoniek huwelijk moeten aangaan. Een burgerlijk huwelijk zal voor hen geen burgerlijke gevolgen hebben. Bij de kerkelijke voltrekking moet een burgerlijk functionaris aanwezig zijn „*tantummodo in finem ut matrimonium publicis tabulis continuo inscribat*”.³⁰ Krachtens art. 34 van de wet van 1888 werd zelfs door de voltrekking van het kerkelijk huwelijk een met een ander dan de kerkelijke echtgenoot gesloten burgerlijk huwelijk ipso iure nietig, doch in 1924 werd deze bepaling afgeschaft. Met dit artikel heeft Columbia wellicht mede bedoeld de spanning tussen canoniek en burgerlijk recht te vermijden, welke zich zou voordoen, ingeval het burgerlijk gesloten - ook canoniekrechtelijk geldig - huwelijk, dat door toepassing van het „*privilegium fidei*”³¹ kerkrechtelijk zou worden ontbonden, burgerrechtelijk zou blijven voortbestaan. Sedert de wet van 1924 kan deze spanning tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk echter weer wel bestaan.

Dat het Concordaat bedoelt, dat het kerkelijk gesloten huwelijk geheel door het canoniek recht wordt beheerst, blijkt uit artikel 19, krachtens hetwelk de „*auctoritas ecclesiastica causas quae respiciunt matrimonii vinculum et coniugum cohabitationem . . . unice cognoscet*”.³²

²⁶ Men zie BERGMANN, Band 2, p. 234 vlg., ook voor de andere wetten in de tekst vermeld.

²⁷ Artikel 1 van de wet no. 54 van 5 December 1924. Betreft het echter personen, die de hogere wijdingen hebben ontvangen of de plechtige geloften hebben afgelegd, dan zijn te hunnen aanzien de bepalingen van het canoniek recht van toepassing.

²⁸ Artikelen 115 en 126 burgerlijk wetboek.

PIERRE ARMINJON - BARON BORIS NOLDE - MARTIN WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, 1950, Tome 1, no. 130, p. 233, noemen als wet, die het burgerlijk huwelijk invoerde, de wet no. 27 van 1887, ten onrechte echter, daar het burgerlijk huwelijk reeds in 1873 werd ingevoerd.

²⁹ Vgl. artikel 115a burgerlijk wetboek. Zie ook artikelen 12, 17 en 19 van de wet no. 57 van 15 April 1887.

³⁰ Artikel 17 van het Concordaat, PERUGINI, p. 329.

³¹ Zie hierna p. 192 vlg.

³² Zie ook artikel 17 van de wet van 1887.

HOOFDSTUK V.

HET FACULTATIEF RELIGIEUS HUWELIJK.

Een vrij groot aantal staten kent wel een burgerlijk huwelijk - burgerlijk in vorm, beletselenrecht, mogelijkheden van ontbinding en rechtspraak - maar het is niet obligatoir. Partijen wordt de keuze gelaten hetzij tussen het vormvrije, burgerlijke of kerkelijke huwelijk, hetzij tussen het burgerlijke en het kerkelijke. Thans kan men de eerstgenoemde keuze nog doen in een aantal staten voor Noord Amerika (tot 1941 ook nog in Schotland); de laatstgenoemde nog in de overige staten van Noord Amerika - met uitzondering van Maryland -, Zweden, Denemarken, IJsland, Noorwegen, Finland, Engeland, Ierland, Schotland, Tunis, Marokko, Italië en Portugal.

Dat recht van keuze kan men toestaan aan alle burgers, welke ook hun godsdienst is. In de Verenigde Staten is men vaak zeer vrijgevig te dien aanzien. Men kan ook de vrijheid van keuze slechts geven aan belijders van bepaalde religies. Engeland kent een zekere beperking, doch meer in theorie dan in praktijk, omdat elke kerk daar op zeer gemakkelijke wijze de bevoegdheid krijgt te assisteren bij burgerrechtelijk geldige voltrekking van huwelijken. In Portugal hebben alleen de Katholieken het recht van keuze; alle anderen zijn op het burgerlijk huwelijk aangewezen.

De staat kan de kerkelijke invloed tot de vorm beperken en civiliter slechts de burgerlijke beletselen doen gelden, ook de ontbindbaarheid van het in de kerkelijke vorm gesloten huwelijk van de betreffende burgerlijke bepalingen doen afhangen. Hij kan ook - als in Italië ten aanzien van het Katholieke huwelijk -, wanneer de kerkelijke vorm is gekozen het kerkelijk beletselen en ontbindingsrecht op dat kerkelijk huwelijk toepassen. Hij kan de rechtspraak in eigen hand houden of de kerk toevertrouwen.

Over de Verenigde Staten, Engeland, de Scandinavische landen en Italië volgde hieronder een uitvoeriger beschouwing.

§ 1. VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA.¹

Van een Amerikaans huwelijksrecht in de zin van een voor alle bewoners van de Verenigde Staten uniforme regeling kan niet worden gesproken. Elke Amerikaanse staat is vrij in het bepalen van zijn huwelijksregeling, zij het dan, dat de centrale federale wetgever enkele voorschriften heeft gegeven, waarmede die der afzonderlijke staten niet in strijd mogen zijn. Daartoe behoort sedert de wet van 1 Juli 1862 het verbod van polygamie. Dit instituut

¹ Wij maakten vooral gebruik van FRANK H. KEEZER, *A treatise on the law of marriage and divorce*, second edition, Indianapolis, 1923. Verder gebruikten we voor de huwelijksregelingen der verschillende staten, BERGMANN, deel II.

werd beschouwd als een schennis van het in de gehele beschaafde wereld algemeen erkend beginsel van de eenheid van het huwelijk, waaraan zich ook het vrije Amerika had te onderwerpen.² Ondanks de in huwelijkszaken aan de staten gelaten souverainiteit vertonen de verschillende huwelijksregelingen zo grote onderlinge verwantschap, dat de afzonderlijke regelingen in wezen grotendeels met elkaar overeenkomen. Zeker is dit het geval met betrekking tot de vraag, of - en zo ja, in welke mate - de secularisatie van het huwelijk zich in de Amerikaanse huwelijksregelingen heeft voltrokken.

Verwantschap en in belangrijke mate overeenstemming is er zowel in de regeling van de formele en materiele huwelijksvereisten, voor een deel bepaald door „the common law”, als met betrekking tot de vrijheid, die in iedere staat aan partijen wordt gelaten. Voor een niet onbelangrijk deel zijn de huwelijksregelingen door dezelfde bron, van Engelse herkomst, gevoed. Verwantschap is er in de vrije opvatting van het huwelijk, dat wel zeer gemakkelijk kan worden ontbonden.³

Verwantschap is er ook in de weinig vormelijke instelling van de Amerikaanse rechters, die - hoe gemakkelijk zij ook tot ontbinding door echtscheiding besluiten - niet licht geneigd zijn de ongeldigheid van een huwelijk aan te nemen. Men hecht in de Amerikaanse jurisprudentie meer waarde aan de bedoeling van partijen om werkelijk een huwelijk aan te gaan dan dat men op grond van een of andere „formele onregelmatigheid” tot nietigheid besluit.⁴ Trouwens ook in de huwelijksregelingen zelf worden weinig voorschriften van formele aard gegeven; de in acht te nemen huwelijksvorm wordt nergens omzichtig tot in details geregeld.

In zekere zin ontkomt zelfs de Amerikaan niet aan een zeker conservatisme op het terrein van het huwelijksrecht, niet in het minst waarschijnlijk, omdat dit conservatisme voor hem juist niet vormelijkheid, doch bepaaldelijk vrijheid inhoudt. De Amerikaan houdt gaarne vast aan „the common law”, het oude recht, dat hem die vrijheid garandeert.

² Vergelijk voor deze kwestie W. B. LAWRENCE, Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage, in Revue de droit international et de législation comparée, Tome II, 1870, p. 56 vlg.

³ „La fragilité du mariage a atteint de nos jours son degré extrême aux Etats-Unis où le divorce par consentement mutuel fonctionne en fait, sinon en droit. Ce grand pays est l'un où le mariage est arrivé, dans un très grand nombre de cas, à n'être plus qu'une union temporaire”, aldus HENRI DECLUGIS, Les étapes du droit des origines à nos jours, 3me éd., Tome I, Paris, 1946, p. 88.

⁴ Zo werd een huwelijk, - dat als zodanig door partijen bedoeld, voor een functionaris werd aangegaan op een wijze, die op die functionaris wel de indruk moest maken, dat de man (eiser) de vrouw als zijn echtgenote voorstelde, zodat die autoriteit ten enen male niet kon begrijpen, dat er voor hem een huwelijk werd gesloten - door de Amerikaanse rechter erkend, omdat „the policy of the law, as thus expressed, is strongly opposed to regarding a marriage, entered into in good faith, believed by one or both parties to be legal and followed by cohabitation, void. A liberal construction of the statute authorizes us to construe it as including a case where the parties go before a magistrate or minister, make a marriage contract in some form in his presence, in the belief that he sanctions and assents to it in his official capacity, and cohabit as husband and wife afterward, believing that they are legally married, though the magistrate understands the matter differently and does not intend to act officially in the matter. The misunderstanding between the parties and the magistrate may be regarded as an informality not rendering the marriage void. The spirit of the statute would be violated by holding the parties to be fornicators and the children illegitimate”, aangehaald door KEEZER, p. 80-81,

Het huwelijksrecht, dat in de verschillende staten geldt, is deels „common law”, deels „statute law”, d.w.z. het latere door de wetgevende macht der staten vastgestelde recht. Volgens „the common law” nu kan een huwelijk consensueel - de Amerikaanse rechtsliteratuur heeft de klassieke terminologie „per verba de praesenti” behouden -, zonder inachtneming van welke formaliteit ook, geldig worden aangegaan. Het zijn de zogenaamde „common law marriages”. Zij zijn een herinnering aan het vóór-Trentse recht, volgens hetwelk het huwelijk „solo consensu” geldig kon worden gesloten. In dat oude canonieke recht vindt ook zijn oorsprong het feit, dat in verscheidene staten de „copula” gevolgd op de „sponsalia per verba de futuro” een rechtsvermoeden oplevert, dat er werkelijk een huwelijk is gesloten (*matrimonium praesumptum*).⁵

De erkenning van de „common law”-huwelijken garandeert partijen de grootst mogelijke vrijheid, welke door de rechtspraak eerst dan niet wordt erkend, als in de wetgeving der staten een bepaalde huwelijksvorm op straffe van nietigheid is voorgeschreven. Bestaat er twijfel omtrent de zin der wettelijke bepalingen, dan houdt men het bij de geldigheid van het huwelijk.⁶ En zelfs de wijze, waarop een „common law marriage” wordt aangegaan, komt er volgens jurisprudentie niet zo zeer op aan. Men heeft het voldoende geoordeeld, dat een man de vrouw een ring gaf onder toevoeging der woorden „we are married”, en dat daarna cohabitatie is gevolgd.

Wij telden zesentwintig staten, waarin deze „common law”-huwelijken geldig kunnen worden gesloten; drieëntwintig wetgevingen schrijven een essentiële vorm voor.⁷ In Wyoming is de status van de „common law”-huwelijken niet geheel duidelijk, doch het feit, dat man en vrouw zich als echtgenoten gedragen, wordt er als een praesumptie van huwelijksluiting aanvaard.⁸ Kan men derhalve in de meeste staten nog vormvrij huwen, tot voor enige tientallen jaren was hun aantal nog groter. Doch sindsdien heeft men in enige staten tot beperking der vrijheid besloten. Zo in Wisconsin, waar de „common law”-huwelijken, na 1918 aangegaan, niet meer worden erkend. In Missouri ontzegt men deze huwelijken geldigheid sinds 1921, in Nebraska sedert 1923 en in New York vanaf 1933. Elders tracht men ze, zonder ze ongeldig te verklaren, tegen te gaan door strafsancities, zoals in Minnesota.

Dit hebben alle Noord-Amerikaanse staten met uitzondering van Maryland⁹ gemeen, dat ze - ervan afgezien of ook nog consensueel gesloten huwelijken

⁵ KEEZER, p. 90-91

⁶ KEEZER, p. 80

⁷ Hieronder Arkansas, dat de „common law marriages” wel erkent, indien ze in een andere staat zijn aangegaan en volgens het huwelijksrecht van die staat daar geldig kunnen worden gesloten, vgl. BERGMANN, deel II, p. 732, noot 1

Ook in New Hampshire hebben „common law marriages” niet alle betekenis verloren. Wel wordt in het algemeen een dergelijk vormvrij huwelijk niet als geldig erkend, doch als een echtpaar, dat beweert consensueel getrouwd te zijn, drie jaar heeft samengeleefd en tot aan de dood van één samenleeft, dan geldt het als gehuwd, vgl. BERGMANN, deel II, p. 777.

⁸ KEEZER, p. 649-650

⁹ Maryland kent, zoals we zagen, uitsluitend de religieuze huwelijksvorm, „common law marriages” zijn er niet geldig. Zie hiervoor p. 97, vgl. KEEZER, p. 80, noot 41, BERGMANN, deel II, p. 777.

worden erkend - partijen de keuze laten tussen de kerkelijke en burgerlijke vorm. In sommige staten kan men dus kiezen tussen het vormvrije, het kerkelijk of het burgerlijk huwelijk, in andere tussen het kerkelijke of het burgerlijke. Wat betreft de burgerlijke huwelijksluiting is doorgaans de rechter de bevoegde autoriteit, voor wie kan worden gehuwd.¹⁰ Soms ook kan men kiezen tussen de rechter of de notaris, zoals in Florida, of tussen de rechter en de burgemeester, zoals in de staat New York. In Noord Dacota is het de Indianen toegestaan te trouwen volgens Indiaanse gebruiken.

De religieuze huwelijken kunnen hetzij voor iedere bedienaar van welke godsdienst ook, zoals in Montana, worden gesloten, dan wel alleen voor de bedienaar van een Christelijke godsdienst, gelijk in Nevada. In enige staten is het nodig, dat de geestelijke machtiging heeft van de burgerlijke autoriteiten. Dit is het geval in Nevada en Kentucky, in welke laatstgenoemde staat de rechter die machtiging kan verlenen. In het algemeen is het de Quakers toegestaan te trouwen volgens de gebruiken van hun genootschap. In de meeste staten mag het huwelijk, hetzij het kerkelijke, hetzij het burgerlijke, eerst worden gesloten, nadat een burgerlijke autoriteit, bijvoorbeeld de rechter of de Clerk, een „license” heeft afgegeven, of eerst afkondigingen hebben plaatsgehad. Voordat tot afgifte der „license” wordt overgegaan, zal worden onderzocht, of een of ander beletsel aanwezig is of niet. Wel is het huwelijk, zonder „license” gesloten, in de meeste staten geldig¹¹ en is de „license” vooral bewijsrechtelijk van belang,¹² doch soms is aan het feit, dat getrouwd wordt zonder „license” of voorafgaande afkondigingen, een strafsanctie verbonden, hetzij tegen partijen gericht, zoals in Kansas, hetzij tegen de geestelijke, die zonder „license” of zonder dat afkondigingen plaats hadden aan het huwelijk medewerkt, gelijk in Ohio.

De materiële geldigheidsvereisten worden uitsluitend bepaald door het wereldlijk recht: „common law” of „statute law”. Specifiek religieuze beletselen kennen de huwelijksregelingen begrijpelijkerwijze niet. Wel is er canonieke invloed aan te wijzen.¹³ O.a. is in Kansas, Louisiana en Tennessee de voor het huwelijk vereiste leeftijd voor mannen en vrouwen respectievelijk 14 en 12 jaar. Ook is impotentie als huwelijksbeletsel bekend, o.a. in Montana. De toestemming der ouders bij huwelijken van minderjarigen is niet altijd op straffe van nietigheid voorgeschreven.

In alle staten is huwelijksontbinding door echtscheiding mogelijk. Overigens wordt niet overal even duidelijk tussen nietigverklaring en ontbinding door echtscheiding onderscheiden. In meerdere staten wordt onder de ontbindingsgronden de impotentie, welke ten tijde der huwelijksluiting reeds bestond,

¹⁰ Aldus b.v. in Georgia, Idaho en Indiana.

¹¹ Ongeldig is het in Mississippi en Arizona.

¹² Vgl. KEEZER, p. 208-209. Tot het bewijs van het bestaan van het huwelijk wordt overigens geen enkele akte gevorderd. Getuigen, die bij de huwelijksluiting tegenwoordig waren, brieven en erkenning kunnen tot bewijs dienen, terwijl bewijsrechtelijk ook grote waarde wordt gehecht aan het feit, dat cohabitatie plaats vond.

¹³ Weer niet, omdat het canoniek recht het zo regelde, maar omdat men het zo juist achtte. Er was geen reden blijkbaar om af te wijken van wat vanouds had gegolden.

gerangschikt, terwijl er toch meer voor te zeggen zou zijn, indien impotentie een grond tot nietigheid opleverde.

De rechtspraak in huwelijkszaken is exclusief burgerlijk.

§ 2. ENGELAND.¹⁴

Engeland heeft zich - buiten beschouwing gelaten de korte periode in de zeventiende eeuw, toen op voorschrift van Cromwell niet anders dan burgerlijk kon worden getrouwd¹⁵ - niet geroepen gevoeld tot een volledige secularisatie van het huwelijk in Franse zin. Het beginsel van godsdienstvrijheid behoeft naar Engels inzicht niet tot het exclusief burgerlijk huwelijk te leiden.

Dat principe van godsdienstvrijheid is overigens eerst vrij laat in de huwelijkswetgeving van Engeland daadwerkelijk erkend, hoe vroeg ook John Locke „toleration” als leidend staatsrechtelijk beginsel aanpreekt.¹⁶ In feite heeft het immers tot tegen het midden van de vorige eeuw geduurd, voordat de wetgever de bepaling afschafte, dat ook niet-Anglicanen (behalve Quakers en Joden) slechts konden huwen volgens de Anglicaanse ritus. Vooral de Rooms Katholieken hadden tegen dat voorschrift ernstige godsdienstige bezwaren. Hun positie in Engeland is te vergelijken met die van de Protestanten in Frankrijk, met dit verschil dan, dat de Katholieken in Engeland er een halve eeuw langer op hebben moeten wachten, voordat zij anders dan voor de door hen niet erkende geestelijke mochten trouwen. In een tijd, dat in Frankrijk van alle - ook Katholieke - kanten werd aangedrongen op tolerantie voor de Protestanten, ja, in het jaar, dat Le Ridant voorstelde de Protestanten niet langer tot huwelijksvoltrekking „praesente paroko” te verplichten,¹⁷ werd in Engeland door de wet van 1753 de toestand voor de Katholieken nog ongunstiger dan zij al was.

Teneinde paal en perk te stellen aan de voordien veelvuldig voorkomende buiten de kerk, zonder openbaarheid en buiten weten en goedkeuring der ouders om voltrokken huwelijken, werd bij die wet van 1753 bepaald, dat

¹⁴ Zie voor het Engelse huwelijksrecht BERGMANN, deel I, p. 250-287, STEPHEN'S Commentaries on the laws of England, 19th edition, Vol. I, Introduction, Courts and Procedure, The Law of persons, by F. H. LAWSON M.A., London, 1928, EDOUARD JENKS M.A., D.C.L., e.a. *Digeste de droit civil anglais*, 2me ed., Tome II, Traduction par Theophile Baumann et P. Goule, Paris, 1923, LATEY'S Law and Practice in Divorce and Matrimonial Causes, by W. LATEY and D. P. REES, 13th ed., London, 1945, JENK'S English Civil Law, by P. H. WINFIELD, Vol. I & II, 4th ed., London, 1947, L. I. STRANGER JONES, *Eversley's Law of Domestic Relations*, 6th ed., London 1951, een Nederlandse vertaling van de nieuwe Engelse huwelijkswet (Marriage act 1949), in werking getreden op 1 Januari 1953, werd uitgegeven door het Ministerie van Buitenlandse Zaken en Buitenlandse Handel te Brussel, Buitenlandse wetteksten, 1952, Nr. 4, Het Engels huwelijks- en echtscheidingsrecht. De wet van 1949 heeft het Engelse huwelijksrecht naar de inhoud niet veranderd, zij is te beschouwen als een codificatie van het huwelijksrecht, hetwelk tot nu toe in verschillende wetten was geregeld. Voor de geschiedenis van het Engelse huwelijksrecht vgl. FRIEDBERG, p. 309-470.

¹⁵ Zie hiervoor p. 89, noot 7.

¹⁶ Vgl. MR R. KRANENBURG, *Het Nederlandsch staatsrecht*, deel 2, 5e druk, Haarlem, 1938, p. 413.

¹⁷ Zie hiervoor p. 64.

alleen dié huwelijken als geldig zouden worden erkend, die in de parochiële kerk volgens de Anglicaanse ritus werden gesloten. Met uitzondering van Joden en Quakers waren ook niet-Anglicanen, daaronder de Rooms Katholieken, aan die huwelijksvorm gebonden. Een deel der Rooms Katholieken schikte zich noodgedwongen in de toestand. Anderen trouwden voor een R.K. priester, zonder dat dit huwelijk overigens burgerlijk geldig was, dan wel sloten een huwelijk buiten Engeland, vooral in Jersey en Schotland, waar de wet van 1793 niet van toepassing was en men „solo consensu” geldig kon huwen.¹⁸ Het „locus regit actum”, ook naar Engels internationaal privaatrecht erkend, waarborgde, dat die huwelijken in Engeland als geldig werden beschouwd. De Marriage-Act van 1836 maakte een eind aan deze toestand. Jaren van parlementaire deliberaties gingen er aan vooraf.¹⁹ Sommigen hielden het er voor, dat aan een godsdienstige handeling „in civilibus” geen effect mocht worden toegekend. De staat moest in een zeker godsdienstig indifferentisme abstractie maken van iedere religieuze kant van het huwelijk, ook naar de vorm, en voor allen, ongeacht godsdienstige overtuiging, het exclusief burgerlijk huwelijk naar Franse trant invoeren. Aan de individuele godsdienstige inzichten moest het worden overgelaten, of men al dan niet de zegen over het huwelijk wilde doen afsmeaken. Tegen een dergelijk radicalisme, neerkomend op een beperking van een in de traditie wortelende bevoegdheid van de Anglicaanse kerk, bestonden - begrijpelijk niet in het minst in de Anglicaans kerkelijke kringen - onoverkomelijke bezwaren.²⁰ Een tweede groep wilde het recht tot voltrekking van het huwelijk, dat de Engelse kerk van oudsher bezat, ook aan de dissidente kerkgenootschappen verlenen. Doch hiertegen werd de slappe regeling van de huwelijksvorm van meerdere dissidente kerken als bezwaar aangevoerd.

Om die reden werd het meer geraden geoordeeld om - met handhaving van de bevoorrechte positie der Engelse kerk - voor de dissenters een burgerlijke vorm in te voeren.

Het resultaat was een compromis, waardoor nòch het obligatoir burgerlijk huwelijk tot stand kwam, nòch aan niet-Anglicanen het religieus huwelijk werd onthouden door een voor hen obligatoir burgerlijke vorm, terwijl mede de bezwaren tegen de aanwezige of vermeende slaphed van regeling van bepaalde godsdienstige genootschappen werden ondervangen.

De niet-Anglicanen werd toegestaan te kiezen tussen de burgerlijke vorm en die hunner eigen kerk. Het leek echter moeilijk de andersdenkenden een vrijheid van keuze toe te staan en deze aan de rechtzinnigen der staatskerk te onthouden. En daarom zou het ook dezen vrijstaan zich hetzij tot de kerkelijke, hetzij tot de burgerlijke huwelijksvorm te bepalen. De contròle, die van staatswege op de vreemde kerken wordt uitgeoefend, strekt zich niet uit over de Anglicaanse. Dit is in het licht der historie begrijpelijk. Er waren

¹⁸ Vgl. ERNEST ROGUIN, *Traité de droit civil comparé, Le Mariage*, Paris, 1904, no. 94, p. 118; LEHR, p. 208.

¹⁹ Vgl. FRIEDBERG, p. 391 vlg.

²⁰ Vgl. FRIEDBERG, p. 409 en 412.

geen redenen aanwezig, die een dergelijke contrôle opportuun maakten, terwijl bovendien de Engelse kerk haar karakter van staatskerk bleef behouden. De Joden en Quakers behielden de privileges, die zij reeds vóór 1753 bezaten. De aan de niet-Anglicanen gelaten vrijheid gaat niet zover, dat deze tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk (b.v. het canonieke) kunnen kiezen, in die zin, dat door de keuze van het godsdienstig huwelijk ook alle geldigheidsvoorschriften, de regeling der beletselen in de ruimste zin, en de kerkelijke jurisdictie voor hen toepasselijk worden. Er is slechts keuze van vorm. Zowel Anglicanen als anderen, die het kerkelijk huwelijk kiezen, zijn overigens aan het burgerlijk huwelijksrecht gebonden. Ook van de door de burgerlijke wet gegeven vrijheid van ontbinding door echtscheiding kunnen de in kerkelijke vorm gehuwden profiteren, al kent de betrokken kerk de echtscheiding niet. Specifiek religieuze geldigheidscondities treft men in het Engelse recht niet aan. Van de canonieke „disabilities” is het beletsel van impotentie overgebleven.²¹

Naar Anglicaanse opvatting is deze burgerlijke regeling van de huwelijksband niet te beschouwen als een usurpatie door de staat van een materie, welke slechts voor kerkelijke reglementering vatbaar is. Trouwens een van het staatsrecht afgescheiden kerkrecht kent de Engelse kerk niet, daar de staatswetgever tevens de hoogste wetgever in kerkelijke zaken is.²²

England kent dus twee hoofdtypen van huwelijksvorm: het kerkelijk huwelijk en het burgerlijk huwelijk. Bij het laatste heeft de huwelijksvoltrekking plaats voor de staatsambtenaar, bij het kerkelijke volgens de voorschriften van het kerkgenootschap. Doch, wil een in de kerkelijke vorm gesloten huwelijk naar Engels recht als geldig worden beschouwd, dan kan het toch niet altijd tot stand komen buiten een vertegenwoordiger van de staat om.

I. Met betrekking tot het kerkelijk huwelijk bestaan vier te onderscheiden vormen:

- a. het zuiver religieuze huwelijk der Anglicaanse kerk zonder enige bemoeienis van de staat (de z.g. „Church of England-marriages”).
- b. het Anglicaans huwelijk na burgerlijke afkondiging.
- c. het huwelijk der Joden en Quakers.
- d. het huwelijk der andere religieuze genootschappen.

a. De „Church of England-marriages”.

De eerste te vervullen formaliteit is, dat op drie achtereenvolgende Zondagen huwelijksafkondigingen (publications of bans) moeten plaats hebben in de kerk of de kerken, waarin partijen woonachtig zijn („marriages without license”). Van dit voorschrift kan worden gedispenseerd door een „license”, die

²¹ Dit is een beletsel van „common law”, Buitenlandse wetteksten, p. 33; STEPHEN'S Commentaries, p. 255.

²² Zo werd in 1927 door het Anglicaanse Episcopaat een herziening van „The Prayer Book” voorgesteld. Het Lagerhuis verwierp de voorgestelde revisie; vgl. DE JONG, deel III, p. 87.

de kerkelijke autoriteiten hebben te verlenen.²³ Indien het huwelijk niet binnen drie maanden na de huwelijksafkondigingen of na het afgeven van een „common” of „special license” is voltrokken, verliezen de afkondigingen respectievelijk de „license” hun kracht.²⁴ Een „common license”, te verlenen door de lagere geestelijke autoriteit, maakt het geoorloofd het huwelijk zonder afkondigingen onmiddellijk op bepaalde „canonieke uren” te voltrekken in de kerk, waar de afkondigingen normaliter hadden behoren plaats te vinden.²⁵ De „special license” staat toe het huwelijk te sluiten ter plaatse en ten tijde, als partijen willen.²⁶ Teneinde enige waarborg te hebben tegen het sluiten van ongeldige of ongeoorloofde huwelijken, moeten partijen, wanneer krachtens een „license” de afkondigingen achterwege blijven en dus de mogelijkheid van stuiting niet bestaat, onder ede verklaren, dat, voorzover zij weten, geen wettelijk beletsel tegen hun voorgenomen huwelijk aanwezig is, dat in ieder geval een van de partijen de laatste vijftien dagen in de parochie verblijf heeft gehad en dat de vereiste toestemming der ouders is verkregen (Marriage act 1949, artikel 16).

Wel is die toestemming van ouders bij huwelijken van minderjarigen vereist, maar deze behoeft niet in een bepaalde wettelijke vorm te worden gegeven. Het ontbreken er van kan blijken uit de stuiting van een huwelijk, terwijl bij de „license mariages” op het gegeven woord wordt vertrouwd. Verklaart men in strijd met de waarheid de toestemming te hebben verkregen, dan heeft dit wel vermogensrechtelijke gevolgen, doch ongeldig is het voltrokken huwelijk niet.²⁷

Van de eis der toestemming der ouders kan worden gedispenseerd hetzij door geestelijke autoriteiten, hetzij door burgerlijke, al naargelang het ontbreken der bewilliging zijn grond vindt in de afwezigheid der ouders of het buiten staat zijn hun wil te verklaren, dan wel de toestemming wordt geweigerd. In het eerste geval is het de Aartsbisschop van Canterbury of de „Master of the Faculties”, in het laatste geval de rechter, die het gemis kan aanvullen.²⁸

Nadat de afkondigingen hebben plaats gehad of de „license” is gegeven, kan het huwelijk in de Anglicaanse kerk voor de Anglicaanse geestelijke worden gesloten, zonder dat een of andere civiele autoriteit daarbij aanwezig behoeft te zijn.

Zo zien we, dat aan de Anglicaanse kerk bij de sluiting van het huwelijk grote vrijheid wordt gelaten. Een burgerlijke autoriteit treedt alleen op, wanneer de toestemming der ouders wordt geweigerd.

²³ Marriage act 1949, artikel 7, Marriage act 1823, artikelen 10, 19 en 20 en Marriage act 1836, artikel 1 (n.b. de Marriage act van 1823 bracht enige veranderingen in de huwelijks-wetgeving zonder nochtans het beginsel van de wet van 1753 aan te tasten)

²⁴ Marriage act 1949, artikel 12, Buitenlandse wetteksten, p. 23

²⁵ Marriage act 1949, artikel 5

²⁶ Buitenlandse wetteksten, p. 24, STEPHEN'S Commentaries, p. 258.

²⁷ Zie LEHR, p. 211, JENKS, no. 1843, p. 123, Marriage act 1949, artikel 3, het ontbreken van de toestemming van derden is niet onder de gronden van nietigheid en vernietigbaarheid genoemd, Buitenlandse wetteksten, p. 32-34

²⁸ Marriage act 1949, artikel 3, Buitenlandse wetteksten, p. 20-21.

De onder b, c en d genoemde kerkelijke vormen en ook de burgerlijke huwelijksvorm - ook wel genoemd „marriages on registrars certificate” - hebben dit gemeen, dat de afkondigingen steeds door de burgerlijke autoriteiten moeten worden gedaan, terwijl het burgerlijke gezagsdragers zijn, die door „license” van het voorschrift der afkondigingen kunnen dispenseren. Van de eis van de toestemming der ouders kan - zowel in het geval dat de ouders afwezig zijn of buiten staat zijn hun wil te verklaren, als wanneer zij hun toestemming tot het voorgenomen huwelijk weigeren te geven - door een burgerlijke autoriteit - en wel in het eerste geval door de „Superintendent Registrar” of de „Registrar General”, in het tweede geval door de rechter - ontheffing worden verleend. De vrees voor de „slapheid” van bepaalde kerkgenootschappen speelt de Engelse wetgever hier blijkbaar weer parten.

Partijen moeten de ambtenaar van de burgerlijke stand een „notice” ter hand stellen, waarin zij van hun voornemen een huwelijk te sluiten kennis geven. De ambtenaar maakt daarvan aantekening in het „Marriage Notice Book”, dat in verband met de mogelijkheid van stuiting door iedereen mag worden ingezien (wet 1949, artikel 27). Wordt binnen de afkondigingstermijn van drie weken geen bezwaar tegen het voorgenomen huwelijk ingebracht, dan geeft de ambtenaar na afloop van die tijd een „certificate” af, waarin verklaard wordt, dat de afkondigingen hebben plaats gehad zonder dat het huwelijk werd gestuit. Eerst daarna mag het huwelijk kerkelijk of burgerlijk worden voltrokken, al naargelang de keuze door partijen in de „notice” is kenbaar gemaakt. In die „notice” moet tevens worden aangegeven, in welk kerkgebouw het huwelijk zal worden gesloten.

Is door „license” van het voorschrift der afkondigingen gedispenseerd, dan kunnen partijen na verloop van één dag in het bezit van een „certificate” worden gesteld.

In alle gevallen moet het huwelijk binnen drie maanden na afgifte van een „certificate” worden gesloten (wet 1949, artikel 33).

b. Het Anglicaanse huwelijk na burgerlijke afkondiging.

Ook na bovenomschreven burgerlijke procedure van afkondiging kan het huwelijk volgens Anglicaanse ritus worden voltrokken. Deze wijze van handelen is echter ongebruikelijk.

c. Het huwelijk der Joden en Quakers.

Het huwelijk kan worden gesloten volgens de ritus van de Joden of de Quakers. Voor huwelijken naar Joodse voorschriften is nodig, dat beide partijen Jood zijn.²⁹ Voor het huwelijk volgens de ceremoniën der Quakers is het lidmaatschap van dat genootschap echter niet vereist.³⁰ Het is niet nodig, dat

²⁹ Marriage act 1949, artikel 26, 1e lid, d.

³⁰ Marriage act 1949, artikelen 26, 1e lid, c en 47, 1e lid; Buitenlandse wetteksten, p. 27.

een burgerlijk functionaris bij de huwelijksvoltrekking tegenwoordig is; wel dient door een kerkelijk functionaris een huwelijksakte te worden opgemaakt, van welke akte aan de „Superintendent Registrar” een afschrift moet worden toegezonden.³¹

d. De huwelijksvorm der andere religieuze genootschappen.

Voor de huwelijksluiting in de vorm van andere dan de genoemde kerkelijke verenigingen gelden striktere voorschriften. Allereerst kan een huwelijk slechts geldig worden gesloten in een gebouw, dat geregistreerd is, d.w.z. als kerk van een dissidente godsdienst erkend. De registratie verkrijgt men, wanneer door de eigenaar of beheerder van het kerkgebouw en twintig gezins-
hoofden het verzoek er toe wordt ingediend, waarbij zij verklaren, dat het gebouw in kwestie reeds een jaar of langer voor de publieke uitoefening van hun godsdienst wordt gebruikt.³² Vervolgens is nodig, dat bij de huwelijksluiting aanwezig is de ambtenaar van de burgerlijke stand of diens gedelegeerde.³³ Als derde vereiste geldt, dat bepaalde sacrale woorden bij de huwelijksluiting worden gesproken.³⁴

II. Rest nog het burgerlijk huwelijk. De procedure ter verkrijging van een „certificate” bespraken wij hierboven reeds. Het huwelijk zelf wordt gesloten ten kantore van de „Superintendent Registrar”, in zijn tegenwoordigheid en in die van een „registrar” van het district, terwijl eveneens bepaalde sacrale woorden door partijen moeten worden gesproken.

§ 3. SCANDINAVISCH LANDEN.

Wij zagen hiervoor, dat zeer vele, zo niet de meeste landen met een uitgesproken Rooms Katholieke bevolking het huwelijk volledig hebben gesecculariseerd. We noemden Frankrijk, België, tot 1929 Italië, de meeste Zuid Amerikaanse Republieken, in welke staten ook de Katholieken gebonden zijn aan het ook naar de vorm gelaïciseerde huwelijk. In menig land echter, waar de Katholieken een - soms zeer kleine - minderheid vormen, is het hun dikwijls toegestaan te kiezen tussen de kerkelijke en burgerlijke huwelijksvorm. Het is wel niet zo, dat de wetgever de Katholieken het recht van keuze geeft, omdat de Katholieke Kerk dit gaarne ziet - men beperkt de vrijheid van keuze niet tot Katholieken, maar kent ze ook aan de belijders van andere religies toe -, doch feitelijk heeft die vrijheid tot gevolg, dat de Katholieken niet en burgerlijk en kerkelijk behoeven te trouwen, waartoe ze in Katholieke landen veelal wel verplicht zijn.

³¹ Marriage act 1949, artikelen 53 vlg.; Buitenlandse wetteksten, p. 27.

³² Marriage act 1949, artikel 41.

³³ Marriage act 1949, artikelen 43 en 44, 2e lid.

³⁴ Marriage act 1949, artikel 44, 3e lid.

Die vrijheid wordt hun ook toegekend in de Scandinavische landen. Niet, dat een dezer landen het integrale canonieke huwelijk als zodanig burgerlijke effecten toekent, er de materiele geldigheidsvoorschriften van aanvaardt of wat de ontbinding betreft de in Katholiek-kerkelijke vorm gehuwden gebonden verklaart aan de canonieke bepalingen. Begrijpelijkerwijze niet. Doch, terwijl er het étatistisch-liberale beginsel wordt erkend, dat men niet kan huwen, of er moet voldaan worden aan de geldigheidsvereisten van de burgerlijke wet, en dat men een recht om te huwen heeft, als geen der in die burgerlijke wet genoemde beletselen zich voordoet, acht men terecht de keuze tussen kerkelijke of burgerlijke vorm met dat beginsel geenszins in strijd. Dat wij de huwelijksregelingen van Noorwegen, Zweden en Denemarken onder één hoofd „Scandinavische landen” bespreken, vindt hierin zijn reden, dat deze regelingen in beginsel met elkaar overeenstemmen. Die overeenstemming is de vrucht van bij de voorbereiding hunner wetten onderling gepleegd overleg.³⁵

I. NOORWEGEN.

In Noorwegen bleef men ook na de Reformatie vasthouden aan de kerkelijke huwelijksinzegening, vanouds bij de Katholieken in gebruik. Ingevolge het Wetboek van 1687 van Christiaan V (Norske lov) was deze godsdienstige vorm voor de geldigheid van het huwelijk vereist. Voor de leden van de Lutherse staatskerk bleef dit obligatoire religieuze huwelijk bestaan tot 1918 toe, terwijl de eis van godsdienst- en gewetensvrijheid tevoren al een oplossing voor de niet-Lutheranen had gebracht. In 1845 werd het de Christenen, niet-leden van de staatskerk, toegestaan met elkaar burgerlijk, en wel voor een notaris, te huwen. Zo kreeg Noorwegen het „subsidiar” burgerlijk huwelijk, waartoe sedert de wet van 22 Juni 1863 ook hun toevlucht konden nemen partijen, van wie althans één de Christelijke godsdienst niet beleed. Tot dan toe bestond voor deze categorie geen geldige vorm. Een wet van 1891 wijzigde de regeling van 1845, als gevolg waarvan de dissenters voortaan ook voor hun eigen zielzorgers burgerlijk geldig konden trouwen. Godsdienstige invloed op de aard der beletselen was er nauwelijks of niet. Wel werd in navolging van het canonieke recht in het Wetboek van 1687 impotentie onder de ongeldigmakende beletselen gerekend.

Het thans geldende recht dateert van 15 Mei 1918. Het is vrijer dan het vroegere, omdat nu ook de leden van de staatskerk dezelfde vrijheid genieten als vóór 1918 reeds de niet-leden van de staatskerk hadden. Ongeacht godsdienstige belijdenis kan men heden kiezen tussen de kerkelijke of de burgerlijke vorm. Aan het huwelijk moeten burgerlijke huwelijksafkondigin-

³⁵ Op vrijwel gelijke wijze als de in de tekst genoemde Scandinavische staten hebben - in overleg met die staten - ook Finland en IJsland, resp bij de wet van 27 Juni 1929 en die van 13 Juni 1921, het huwelijk geregeld. Ook daar wordt partijen de vrijheid van keuze van huwelijksvorm gelaten

gen voorafgaan, ook dan wanneer men voornemens is kerkelijk te huwen. Met de afkondiging is de ambtenaar van de burgerlijke stand (vigselmanden) belast. Daarna mag het huwelijk kerkelijk of burgerlijk worden gesloten.³⁶ Artikel 20 van de wet van 1918 laat duidelijk uitkomen, dat het slechts een keuze van vorm is.

Burgerlijk huwt men voor een notaris of een speciaal daartoe voor de tijd van zes jaren benoemd persoon. Uitdrukkelijk is bepaald, dat men een burgerlijk huwelijk kan sluiten ook dan wanneer men naar de bepalingen der wet rechtsgeldig een kerkelijk huwelijk kan aangaan. De gevallen, waarin men een religieus huwelijk kan sluiten worden limitatief opgenoemd in artikel 21.

Zijn beide partijen lid van de Staatskerk, of behoort althans één van hen ertoe en de ander tot een andere belijdenis, dan kan het huwelijk in de Staatskerk worden voltrokken. Zijn beide partijen lid van de Staatskerk, dan kunnen zij, wanneer zij de kerkelijke vorm kiezen, naar het schijnt, niet anders dan voor een bedienaar dier kerk huwen (a contrario uit artikel 21, 2e lid).

Behoren beide partijen tot een dissidente kerk, of althans één van hen terwijl de ander lid is van de Staatskerk of van een ander godsdienstig genootschap, dan kan in de huwelijksvorm van die dissidente kerk worden gehuwd, mits het huwelijk gesloten wordt in een toegelaten gemeente en de koning de huwelijksvorm van die dissidente groep heeft goedgekeurd.³⁷ Evenals in Engeland vertrouwde men blijkbaar ook in Noorwegen de huwelijksvorm van die vreemde godsdiensten niet. Nadat het huwelijk is voltrokken moet het, voorzover het in de Staatskerk is aangegaan, ingeschreven worden in het Kerkboek, terwijl van in andere kerken aangegane huwelijken een akte moet worden opgemaakt, welke aan de burgerlijke autoriteiten dient te worden toegezonden.³⁸

Het Noorse recht komt neer op een bevoorrechting van de Staatskerk, hetgeen echter niet te verwonderen is voor een land, dat een Staatskerk erkent. De Lutheranen hebben een direct op de wet gebaseerd recht, terwijl andersdenkenden afhankelijk zijn en van toelating hunner gemeente, en van goedkeuring door de koning van de huwelijksvorm. Daarenboven moeten zij de burgerlijke autoriteiten de huwelijksakte toezenden.

Wordt dus, wanneer partijen zulks verlangen, de kerk bij de sluiting van het huwelijk ingeschakeld, ook, wanneer man en vrouw het er over eens zijn dat zij de levensgemeenschap niet kunnen voortzetten en zich daarom tot de burgemeester wenden met het verzoek beëindiging dier gemeenschap toe te staan, kan de kerk een taak hebben te vervullen. De burgemeester kan n.l. het hem gedane verzoek niet inwilligen, tenzij eerst door een z.g. „bemiddelingscommissie” ofwel, zo partijen daar de voorkeur aan geven, door een geestelijke getracht is een verzoening te bewerkstelligen (artikel 41 van de wet van 15 Mei 1918).

³⁶ Artikelen 12 en 20 van de wet van 15 Mei 1918.

³⁷ Artikel 21, 2e lid.

³⁸ Artikel 29.

II. ZWEDEN.

Het overleg met Denemarken en Noorwegen leidde in Zweden³⁹ tot de huwelijkswet van 11 Juni 1920, welke, als in Noorwegen, het facultatief religieus huwelijk voor allen invoerde. Daarvóór moesten partijen, als zij Lutheranen waren, een huwelijk sluiten voor een Lutherse geestelijke, terwijl niet-Lutheranen ingevolge een wet van 1860 moesten huwen volgens de ceremoniën, door hun godsdienst bepaald.⁴⁰ Niet alle kerken hadden echter de bevoegdheid om huwelijken te voltrekken; het moest hun door de regering zijn toegestaan.⁴¹ Afkondigingen waren vereist; zij hadden in alle gevallen steeds plaats in de Lutherse kerk.

Een wet van 1863 voerde het burgerlijk huwelijk in, doch uitsluitend als rechtsvorm voor huwelijken tussen Christenen en Joden. Daardoor kwam een eind aan de strijdvrage, of Christenen en Joden rechtsgeldig met elkaar konden trouwen.

Van de oude regelingen is in de wet van 1920 bewaard gebleven, dat de afkondigingen moeten plaats hebben in de Zweedse Staatskerk, ongeacht de godsdienst van partijen, ongeacht, of ze burgerlijk of kerkelijk willen trouwen, ongeacht ook, of partijen het kerkelijk huwelijk niet in de Staatskerk, doch b.v. voor de R.K. pastoor zullen aangaan.⁴² Partijen zullen het verzoek tot het doen van afkondigingen tot de bedienaar van de staatsgodsdienst hebben te richten. Deze zal onderzoeken, of er wellicht beletselen tegen het voorgenomen huwelijk bestaan. Zo niet, dan geeft hij, nadat de termijn van afkondiging is verstreken, een soort „verklaring van geen bezwaar”, af, zonder welke het huwelijk niet mag worden gesloten.⁴³

Terwijl artikel 1 van Hoofdstuk 4 der Zweedse wet reeds bepaalt, dat het huwelijk burgerlijk of kerkelijk kan worden voltrokken, wordt in artikel 4 van dat hoofdstuk nog eens de vrijheid van keuze uitdrukkelijk herhaald.

In de Zweedse Staatskerk kan het huwelijk worden aangegaan door hen, die beiden tot de Staatskerk behoren. Deze vorm kan ook worden gekozen door partijen, waarvan één lid is van dat kerkgenootschap, terwijl de andere behoort tot een andere Christelijke kerk. In een „vreemde” kerk kan worden gehuwd, wanneer althans één van de partijen tot die kerk behoort; betreft het een Christelijke „vreemde” kerk, dan moet daarenboven ook de andere partij Christen zijn. Voor de geldigheid van een in een „vreemde” kerk gesloten huwelijk is vereist, dat die kerk door de koning tot medewerking aan huwelijksluiting bevoegd is verklaard.

³⁹ Zie voor Zweden o.a. ROGER REAU, GUSTAVE FORSSIUS ET ROBERT MARTIN, *Les lois suédoises sur le mariage*, Paris, 1925, en DR JUR. C. G. BJÖRLING, *Das Eherecht Schwedens*, in: IESKE-LOEWENFELD, *Rechtsverfolgung etc.*, Band IV, 2. Aufl., p. 621 vlg.

⁴⁰ LEHR, p. 391-392; FRIEDBERG, p. 647.

⁴¹ Episc. Methodisten 1876; Kerk van het Nieuwe Jerusalem 1892; R.K. Kerk 1895; Frans Gereformeerde Kerk van Stockholm 1895; Anglicaanse Kerk 1899; Joden 1909.

⁴² Huwelijkswet van 11 Juni 1920, 3e hoofdstuk, artikel 1.

⁴³ Wet van 1920, 3e hoofdstuk, artikel 6. Als een van partijen in stervensgevaar is, dan mag het huwelijk zonder afkondigingen worden voltrokken.

Wat de in acht te nemen ceremoniën aangaat is de Staatskerk gebonden aan de voorschriften dienaangaande van het Zweedse Kerkhandboek en de „vreemde” kerk aan haar eigen gebruiken.

Gelijk de materiële geldigheidsvoorschriften ook naar de inhoud volkomen zijn geseculariseerd, wordt ook de rechtspraak door de burgerlijke rechters uitgeoefend, ongeacht in welke vorm het huwelijk is aangegaan.⁴⁴

Zweden kent, evenals Noorwegen, de kerk niet alleen een functie toe bij de huwelijksluiting. Wanneer een minder goede verstandhouding tussen man en vrouw het voortbestaan van de huwelijksgemeenschap in gevaar brengt, kan de kerk n.l. worden ingeschakeld om te trachten een verzoening tussen de echtgenoten tot stand te brengen. Daartoe dient het instituut van „bemiddeling”, waaraan de Zweedse wet een afzonderlijk hoofdstuk wijdt.⁴⁵

Als een van de echtgenoten zich schuldig maakt aan ernstige verwaarlozing van zijn onderhoudsplicht ten opzichte van zijn wederpartij of zijn kinderen of in ander opzicht zijn echtelijke of ouderlijke plichten niet nakomt, dan wel misbruik maakt van alcohol of in het algemeen een frivool leven leidt of als er om welke reden dan ook een gebrek aan harmonie tussen partijen valt te constateren, kan door hen „bemiddeling” worden ingeroepen.⁴⁶ Tot bemiddelen verklaart de wet bevoegd de geestelijke van de Lutherse gemeente, in welker registers de echtgenoten of één van hen zijn ingeschreven, en de geestelijken van een dissidente kerk, aan welke openbare uitoefening van de godsdienst is toegestaan. Mogelijk is ook, dat de bemiddeling wordt verleend door een leek, daartoe door de president van de rechtbank aangewezen.⁴⁷

De taak van deze bemiddelaar, die bevoegd is partijen voor hem te doen verschijnen, bestaat hierin, dat hij een verzoening moet trachten te bewerkstelligen. Bepaalde beslissingen kan hij echter niet nemen. Zo groot belang wordt aan die bemiddeling gehecht, dat een vordering tot scheiding van tafel en bed niet ontvankelijk is, wanneer die verzoeningspoging niet heeft plaats gehad.⁴⁸

III. DENEMARKEN.

Het Deense huwelijksrecht verschilt weinig van het Noorse en Zweedse. Tot 1922 kende men in Denemarken voor Lutheranen het obligatoir religieus huwelijk. Ook degenen, die lid waren van een vreemde kerk moesten een kerkelijk huwelijk aangaan, wanneer althans het huwelijk van die kerk als burgerrechtelijk geldig was erkend. Daarnaast bestond er een burgerlijk huwelijk, waarop de overigen - dit waren dus de „onkerkelijken” en zij, die lid waren van een kerk, voor wier bedienaren niet burgerlijk geldig kon worden getrouwd - waren aangewezen.

⁴⁴ Wet van 1920, 15e hoofdstuk, artikel 1.

⁴⁵ Hoofdstuk 14.

⁴⁶ Hoofdstuk 14, artikel 1, en Hoofdstuk 11, artikel 2, 1e lid, Hoofdstuk 8, artikelen 6 en 7.

⁴⁷ Hoofdstuk 14, artikel 3.

⁴⁸ Zie hoofdstuk 15, artikel 8.

Sedert 1922 kan ieder, welke godsdienst hij ook belijdt, kiezen tussen de kerkelijke en burgerlijke vorm,⁴⁹ zij het dan, dat voor niet-Lutheranen een restrictie is gemaakt.

In de Deense Volkskerk kan een burgerlijk geldig huwelijk worden aangegaan, wanneer althans één van de partijen tot die kerk behoort; in een „vreemde” kerk, als één van de partijen lid is van die kerk. Bovendien is voor de burgerrechtelijke geldigheid van de huwelijks-sluiting in de niet-Lutherse kerk vereist, dat de bij het huwelijk assisterende geestelijke tot die assistentie van staatswege is gemachtigd.⁵⁰

Evenals in beide andere Scandinavische landen is het uitsluitend de burgerlijke wet, die bepaalt, welke materiële voorwaarden moeten zijn vervuld. De rechtspraak in huwelijkszaken wordt, in welke vorm het huwelijk ook is voltrokken, door de burgerlijke rechter uitgeoefend.

Ook de Deense wet bepaalt, dat, voordat scheiding van tafel en bed of echtscheiding wordt toegestaan, getracht moet worden een verzoening tussen de echtgenoten te bewerkstelligen. De verzoeningspoging wordt, ter keuze van partijen, gedaan hetzij door een burgerlijke autoriteit, hetzij door een geestelijke; ingeval echter partijen niet tot dezelfde kerk behoren, hebben zij dat recht van keuze niet, dan zijn zij n.l. op bemiddeling door de burgerlijke autoriteit aangewezen (artikel 76, wet 30 Juni 1922).

§ 4. ITALIË.

De twee essentiële voorwaarden, van de vervulling waarvan de H. Stoel de oplossing van de Romeinse Kwestie afhankelijk had gesteld,⁵¹ zijn door het Italiaanse gouvernement niet te zwaar bevonden: 1° De kerkelijke staat is hersteld; de soevereiniteit van de Paus erkend. 2° Onder bepaalde condities heeft in Italië het canonieke huwelijk dezelfde gevolgen als het burgerlijke. De Kerk heeft er genoeg mee genomen, dat de Katholiek kan kiezen tussen burgerlijk en kerkelijk huwelijk, begrijpend dat een eis, dat de staat zich ten aanzien van de huwelijken van Katholieken geheel van regeling zou onthouden, door de Italiaanse staat zou worden afgewezen. Men stelde zich van kerkelijke zijde tevreden met een compromis, dat aanvaardbaar bleek te zijn en van dermate groot belang werd geoordeeld, dat Paus Pius XI ter bereiking daarvan het grootste persoonlijke offer had willen brengen.⁵²

Waren het voor de Kerk in de eerste plaats redenen van principiële, ideële aard, die de voorwaarde deden stellen, dat de Katholiek zou mogen kiezen tus-

⁴⁹ Wet van 30 Juni 1922, 4e hoofdstuk, artikelen 28 en 31.

⁵⁰ Zie 4e Hoofdstuk, artikelen 29 en 30 van de wet van 30 Juni 1922.

⁵¹ La Documentation catholique, 11me année, no. 462, 23 février 1929, Paris, 1929, kol. 459.

⁵² „In materia di matrimonio il Concordato procura alla famiglia, al popolo italiano, al paese più che alla Chiesa un beneficio così grande, che per esso solo avremmo volentieri sacrificato la vita stessa”, in zijn brief van 30 Mei 1929 aan Kard. GASPARRI, A.A.S., 1929, p. 304; PERUGINI, p. 134-135; La Documentation catholique, 11me année nos 478-479, 15-22 juin 1929, kol. 1509; Osservatore Romano van 6 Juni 1929.

sen kerkelijk en burgerlijk huwelijk, Mussolini baseerde zijn bereidwilligheid tot voldoening aan de kerkelijke eis hoofdzakelijk op overwegingen van utiliteit: twee sluitingen van het huwelijk, één voor de staat en één voor de Kerk zouden niet meer nodig zijn; door dezelfde ceremonie zou tegelijkertijd het huwelijk kerkelijk en burgerlijk zijn voltrokken; de dualiteit zou zijn opgelost.⁵³

Italië ging dan in 1929 van het systeem van het exclusief burgerlijk huwelijk, dat het sedert 1865 gekend had, over tot dat van het facultatief kerkelijke. Wat betreft de erkenning van de mogelijkheid om door de keuze van de kerkelijke huwelijksvorm ook burgerlijk getrouwd te zijn, komt het Italiaanse systeem overeen o.a. met dat van Engeland, de Verenigde Staten en de Scandinavische landen. Maar de invloed van de godsdienst, zij het alleen van de Katholieke, reikt er verder. Wel heeft men ook niet-Katholieken toegestaan tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk te kiezen, maar de R.K. Kerk wordt er verre bevoordeeld boven de andere kerkgenootschappen. Voor niet-Katholieken is de keuze tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk tot de rechtsvorm beperkt, maar, wanneer de Katholiek op het canoniek huwelijk als burgerlijk erkend huwelijk⁵⁴ zijn keuze laat vallen, aanvaardt hij als consequentie, dat het canoniek recht en wat de canonieke vormvereisten betreft, en wat de canonieke materiële vereisten aangaat, voor hem ook civiliter geldt. Drie soorten huwelijk kent Italië: het louter burgerlijke dat allen, ongeacht hun godsdienst, kunnen sluiten, het kerkelijke van Katholieken en het kerkelijke van andersdenkenden. Aan het burgerlijke zullen wij geen afzonderlijke bespreking wijden; voorzover voor ons onderwerp van belang zullen de vereisten voor het burgerlijk huwelijk bij onze beschouwingen over het canoniek en het godsdienstig huwelijk van niet-Katholieken ter sprake worden gebracht.

1. HET CANONIEK HUWELIJK.

Wij hebben de vraag te beantwoorden, welke de verhouding is tussen Kerk en staat met betrekking tot dit huwelijk; aan welke formele en materiële vereisten moet zijn voldaan, opdat de staat het canoniek huwelijk burgerrechtelijk erkent en blijft erkennen; naar welke bepalingen kan dit huwelijk „in foro civili” worden ontbonden; en tot slot: bij wie berust de rechtspraak?

⁵³ In zijn op 13 Mei 1929 in het Parlement gehouden rede. Vertaling daarvan in *La Documentation catholique*, 11^{me} année, nos. 478-479, 15-22 juin 1929, kol. 1535 vlg. Zie kol. 1569.

⁵⁴ Van het canoniek burgerlijk erkend huwelijk is burgerrechtelijk te onderscheiden het canoniek huwelijk zonder meer, dat kan worden gesloten, nadat b.v. eerst het burgerlijk huwelijk is voorafgegaan. Voor de staat is dit „louter canoniek” huwelijk juridisch uiteraard zonder betekenis. Spreken we in onze beschouwing van *canoniek huwelijk*, dan is het *canoniek huwelijk* bedoeld, dat kracht heeft van burgerlijk huwelijk.

1. DE CANONIEKE VEREISTEN.

Doordat het Concordaat en de ter uitvoering daarvan vastgestelde wet van 27 Mei 1929 no. 847 ⁵⁶ de kerkelijke vonnissen, die de nietigverklaring bevatten van een kerkelijk huwelijk, executoir verklaren „in foro civili”, wordt gegarandeerd, dat voor de burgerlijke gelding van een canoniek huwelijk aan de canonieke wet moet zijn voldaan: de canonieke vorm moet in acht genomen zijn, de toestemming mag niet zijn gevitieerd, terwijl geen van de partijen onbekwaam mag zijn tot het sluiten van een huwelijk in verband met een impedimentum dirimens van het kerkrecht. Wanneer een canoniek huwelijk naar kerkelijk inzicht ongeldig is, mist het de kracht van een burgerlijk huwelijk, al is wellicht wel aan de burgerlijke wet voldaan.

Deze bepalingen van Concordaat en burgerlijke wet zijn evenwel slechts negatief, want nòch in het Concordaat, nòch in de wet van 1929 is de kerkelijke jurisdictie positief omschreven in die zin, dat wanneer een kerkelijke rechter een huwelijk geldig verklaart, dat huwelijk eo ipso de gevolgen heeft van een burgerlijk huwelijk.

Door het stelsel van het facultatief kerkelijk huwelijk, waarbij het burgerlijk huwelijk van de Codice civile voor allen toegankelijk is gebleven, ook voor Katholieken, heeft Italië het liberale principe gehandhaafd, dat ieder, die aan de bepalingen van de burgerlijke wet voldoet, een recht op trouwen heeft. Heeft de Italiaanse staat ook vastgehouden aan het étatistische beginsel, dat geen huwelijk - ook niet het canonieke - de kracht van een burgerlijk huwelijk heeft, als het niet voldoet aan de vereisten van de burgerlijke wet? Moet behalve aan de canonieke vereisten, welker vervulling in ieder geval is voorgeschreven, ook aan die van de Codice civile zijn voldaan, opdat het canoniek huwelijk de kracht van een burgerlijk huwelijk heeft, of wordt het canoniek huwelijk uitsluitend beheerst door het kerkrecht der Katholieke Kerk? Dié vraag hebben wij thans te beschouwen.

2. DE BURGERLIJKE VEREISTEN.

De bepaling van het Concordaat „Lo stato italiano, volendo ridonare all'istituto del matrimonio, che è base della famiglia, dignità conforme alle tradizioni cattoliche del suo popolo, riconosce al sacramento del matrimonio,

⁵⁵ Onder persoonsvereisten hier ook begrepen de vereisten betreffende de huwelijksroestemming.

⁵⁶ Die wet werd uitgevaardigd tot het geven van nadere regelingen aangaande de huwelijksparagraaf van het Concordaat. De tekst bij WALTER D'AVANZO, *Manuale d'udienza i quattro codici*, Firenze, 1943, p. 560 vlg., ook bij GASPARRI, Vol. II, p. 580 vlg., een Franse vertaling in *La Documentation catholique*, 11me année, 29 juin 1929, no. 480, kol. 1629 vlg., een Duitse vertaling bij BERGMANN, Band I, p. 317 vlg. De tekst van het Concordaatsartikel 34 bij PERUGINI, p. 134 vlg., D'AVANZO, p. 559, GASPARRI, Vol. II, p. 579-580, een Franse vertaling in *La Documentation catholique*, laatstelijk genoemd, kol. 1625 en een Duitse vertaling bij BERGMANN, Band I, p. 316, noot 1.

disciplinato dal diritto canonico, gli effetti civili”⁵⁷ vestigt de indruk, dat het uitsluitend door het canoniek recht als zodanig geregelde huwelijk de gevolgen van een burgerlijk huwelijk verkrijgt. Wel worden in de volgende leden van het Concordaatsartikel enkele voorschriften gegeven omtrent burgerlijke afkondigingen en inschrijving van het kerkelijk huwelijk in de registers van de burgerlijke stand, doch naar de woorden van die voorschriften lijken zij meer van administratieve aard.

Ook zou men geneigd zijn om aan te nemen, dat - waar artikel 34 van het Concordaat bepaalt, dat de kerkelijke rechter een uitsluitende bevoegdheid heeft om uit te maken, of een canoniek huwelijk nietig is -, zolang een kerkelijk nietigverklarend vonnis ontbreekt, de staat dat canoniek geldig gepresumeerde huwelijk de kracht van een burgerlijk huwelijk toekent.

Evenzo moet de rede van de Minister van Justitie, Rocco, gehouden in het Italiaanse Parlement op 14 Mei 1929, gelijke, zo niet meer grond geven tot de opvatting, dat alléén het Katholiek kerkrecht van toepassing is. Letterlijk zei hij: „Wij hebben aan het sacrament van het huwelijk, zoals het geregeld wordt door het canoniek recht, en uitsluitend door het canoniek recht, de burgerlijke gevolgen toegekend”.⁵⁸ Zo zou de Italiaanse staat een huwelijk met burgerlijke gevolgen moeten zien daar, waar naar Katholieke beschouwing een huwelijkssacrament bestaat.

De Duce deed echter tijdens zijn grote rede van 10 Maart 1929 vermoeden, dat aan ieder huwelijkssacrament niet per se de burgerlijke gevolgen zouden worden verbonden; de burgerlijke materiele huwelijksvereisten zouden toch algemeen gelden, voor allen, ook voor Katholieken.⁵⁹

Ofschoon men uit het Concordaat en de rede van Rocco zou mogen afleiden, dat de burgerrechtelijke erkenning van een canoniek huwelijk hiérvan uitsluitend zou afhangen, dat aan de canonieke wet zou zijn voldaan, toch is zulks naar Italiaans recht, als geldend krachtens de wet van 1929, niet steeds het geval. Aan de andere kant is het ook niet zo, als Mussolini het voorstelde, dat n.l. de erkenning door de staat van het canonieke huwelijk ook hiervan afhankelijk is, dat alle materiële vereisten van de burgerlijke wet, d.w.z. de Codice civile, zijn vervuld.

a. Burgerlijke vormbepalingen betreffende het canoniek huwelijk.

Wel is de canonieke huwelijksluiting op zich een kerkelijke aangelegenheid, maar het kerkelijk huwelijk verkrijgt niet door de voltrekking ervan ipso facto de gevolgen van een burgerlijk huwelijk. De „effetti civili” - waarvan artikel 34 van het Concordaat spreekt en waaronder moet worden verstaan de „effetti del matrimonio civile”⁶⁰ - worden aan het canonieke huwelijk

⁵⁷ Artikel 34 van het Concordaat, 1e lid.

⁵⁸ Franse vertaling in *La Documentation catholique*, 11me année (aangehaald p. 132, noot 53) kol. 1573.

⁵⁹ Franse vertaling van zijn rede in *La Documentation catholique* (aangehaald p. 132, noot 53), zie kol. 1523.

⁶⁰ Artikel 5 van de wet van 1929.

eerst toegekend, nadat dit in de registers van de burgerlijke stand is ingeschreven.⁶¹ Weliswaar constitueert de inschrijving het huwelijk zelf niet, omdat het eenmaal ingeschreven huwelijk kracht van burgerlijk huwelijk verkrijgt van het moment van de sluiting af, maar zij is toch absoluut onmisbaar.

Met betrekking tot het canoniek huwelijk zijn afkondigingen, zowel in de kerk als ten gemeentehuize, voorgeschreven. Men heeft behouden het instituut van stuiting, terwijl werd ingevoerd het certificaat van geen bezwaar tegen de voltrekking van een huwelijk met burgerlijke gevolgen.

De wet stelt voorop, dat vóór de voltrekking van het canoniek huwelijk burgerlijke afkondigingen moeten plaats hebben; voor die afkondigingen gelden dezelfde bepalingen, als in acht genomen moeten worden, ingeval de afkondigingen gedaan worden met het oog op een burgerlijk huwelijk.⁶² Nochtans heeft het achterwegeblijven van die afkondigingen niet tot gevolg, dat aan het kerkelijk huwelijk per se de burgerrechtelijke erkenning (inschrijving) wordt onthouden. Ook zonder de aan het huwelijk voorafgaande afkondigingen kan het huwelijk worden ingeschreven, al zullen in dit geval vóór de inschrijving nog afkondigingen van de voorgenomen inschrijving moeten worden gedaan.⁶³

Door stuiting kan men uiteraard niet opkomen tegen de voltrekking van het kerkelijk huwelijk op zich, wel tegen de sluiting van een kerkelijk huwelijk met burgerlijke gevolgen. De stuiting heeft tot onmiddellijk effect, vooreerst, dat een burgerlijk huwelijk niet kan worden gesloten, en vervolgens, dat een certificaat van geen bezwaar niet wordt verkregen. Er kan gestuit worden op alle gronden, waarop men zich verzetten kan tegen de voltrekking van een burgerlijk huwelijk; maar de burgerlijke rechter kan naar aanleiding van de stuiting slechts in twee gevallen een beslissing nemen, n.l. als gestuit wordt, omdat burgerrechtelijk het beletsel van bestaande band aanwezig is, of omdat een van de partijen wegens geestesziekte onder curatele is gesteld.⁶⁴ In alle andere gevallen moet de burgerlijke rechter zich onbevoegd verklaren, ook dan derhalve, wanneer het aanwezig zijn van een enkel in het burgerlijk recht bestaand ongeldigmakend beletsel als stuitingsgrond wordt aangevoerd, zo, als de stuiting hierop is gegrond, dat de toestemming der ouders of voogden, dan wel de daarvoor in de plaats tredende autorisatie van het O. M.⁶⁵ ontbreekt. Doch, al verklaart de rechter zich ook onbevoegd, toch zal de stuiting blijven voortbestaan,⁶⁶ als gevolg waarvan een verklaring van geen bezwaar niet kan worden verkregen.

Hebben de afkondigingen zonder stuiting plaats gehad, of is de stuiting opgeheven, dan zal de ambtenaar van de burgerlijke stand, voorzover hem overi-

⁶¹ Artikel 5 van de wet van 1929.

⁶² Artikel 6 van de wet van 1929 en de artikelen 93-100 C.c.

⁶³ Artikel 13 van de wet van 1929.

⁶⁴ Artikel 7, 3e lid van de wet van 1929 en de artikelen 85, 1e lid en 86 C.c.

⁶⁵ Artikelen 90, 4e lid en 121 C.c.

⁶⁶ Vgl. artikel 104 C.c.

gens geen huwelijksbeletsel van het burgerlijk huwelijksrecht bekend is,⁶⁷ een certificaat afgeven waarin hij verklaart, dat er geen reden aanwezig is, die zich verzet tegen de sluiting van een huwelijk, dat de kracht van een burgerlijk huwelijk heeft.⁶⁸ Zou het certificaat om de een of andere reden niet zijn afgegeven, dan betekent dit echter zonder meer nog niet, dat het zonder de verklaring van geen bezwaar gesloten kerkelijk huwelijk van burgerrechtelijke erkenning verstoken blijft. Naar wij nog zullen zien, is slechts in enkele gevallen het ontbreken van het certificaat van geen bezwaar een belemmering voor de inschrijving van het kerkelijk huwelijk.

De geestelijke is opgedragen⁶⁹ om, vóórdat tot de voltrekking van het canoniek huwelijk wordt overgegaan, partijen door voorlezing van enige artikelen uit het burgerlijk wetboek op de hoogte te stellen van de burgerlijke gevolgen van het huwelijk.

Is het huwelijk nadien gesloten, dan moet de geestelijke van de huwelijks-voltrekking een akte opmaken, welke binnen vijf dagen na de huwelijks-sluiting ten kantore van de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt verwacht.⁷⁰ Door de inschrijving van de akte in de registers van de burgerlijke stand verkrijgt het huwelijk de kracht van een burgerlijk huwelijk.

De wet bevat in de artikelen 9 en 10 enige voorschriften voor de huwelijks-akte. Zij moet een aantal gegevens vermelden betreffende partijen en de geestelijke, die bij het huwelijk heeft geassisteerd; de data der kerkelijke huwelijksafkondigingen dan wel de datum van het besluit, waarbij dispensatie daarvan werd verleend, moeten erin worden genoemd, terwijl tevens uit de akte moet blijken, dat de geestelijke door voorlezing der Codice-artikelen partijen op de hoogte heeft gesteld van de burgerlijke huwelijks-effecten. Niet-vermelding van dit alles houdt de inschrijving der akte tegen, verhindert daardoor ook, dat het huwelijk als burgerlijk erkend huwelijk geldt, totdat de akte formeel in orde is gebracht. Overigens zullen in de praktijk de burgerlijke aktevoorschriften en ook de daardoor geldende eis, dat huwelijksafkondigingen - behoudens dispensatie - moeten plaats hebben alsmede voorlezing van de artikelen uit het burgerlijk wetboek, niet tot moeilijkheden leiden. Er is geen spanning te dien aanzien tussen Kerk en staat te verwachten. De geestelijke, die bij het huwelijk assisteert, zal immers nòch bezwaar mogen maken tegen het opmaken van de akte in de vereiste vorm, nòch ook tegen het doen der afkondigingen, die al uit kracht van de Codex Iuris Canonici⁷¹ moeten plaats vinden, nòch ook tegen het voorlezen der burgerlijke wetsbepalingen, nu hem door de S. Congregatio de disciplina Sacramentorum bij instructie van 1 Juli 1929⁷² is geboden, dat hij al die door de burgerlijke wet gestelde voorschriften nauwkeurig moet nakomen.

⁶⁷ MARIANO D'AMELIO, Codice civile, Libro Primo (Persone e Famiglia), Firenze, 1940, p. 257.

⁶⁸ Artikel 7, 1e lid van de wet van 1929.

⁶⁹ Artikel 8, 1e lid van de wet van 1929.

⁷⁰ Artikel 8, 2e lid van de wet van 1929.

⁷¹ Canon 1022 vlg.

⁷² Als Allegatum XV bij GASPARRI, Vol. II, p. 567 vlg.; zie o.a. artikelen 24, 29 en 30.

Betekent dit nu - om ons hier tot de formele huwelijks- en inschrijvingsvereisten te bepalen -, dat ieder huwelijk, dat naar de vorm canoniek geldig is, ook door de staat als genoegzaam naar de vorm voor de inschrijving wordt geaccepteerd? Het Concordaat stelt het wel zo voor, doch naar de tekst van de wet van 1929 kan burgerlijke erkenning van een canoniek geldig huwelijk alleen volgen, als het gaat over een „matrimonio celebrato davanti ad un ministro del culto cattolico”.⁷³ Behalve uit deze bepaling, die op zich al duidelijk is, volgt zulks ook uit het opschrift van Hoofdstuk II van de wet van 1929: „Disposizioni relative ai matrimoni celebrati davanti i ministri del culto cattolico”, terwijl eveneens de artikelen 8, 9, 10 en 17 de werking van de wet, de wettelijke gelding van het kerkrecht ook, tot de „coram parrocho” gesloten huwelijken van canon 1094 en die, welke voor de in canon 1098, 2° bedoelde geestelijke zijn voltrokken, schijnen te beperken. Moet deze uitleg inderdaad aan de wet van 1929 worden gegeven, dan zal een overeenkomstig canon 1098 alléén voor getuigen gesloten huwelijk, hoewel canoniek geldig, de burgerlijke gevolgen niet kunnen verkrijgen.⁷⁴

b. Burgerlijke materiele vereisten betreffende het canoniek huwelijk.

Doch, ook indien het huwelijk voor de geestelijke is gesloten en de huwelijksakte formeel in orde is, betekent dit niet, dat de ambtenaar van de burgerlijke stand iedere hem toegezonden akte moet inschrijven, noch, dat iedere inschrijving onbetwistbaar van kracht blijft, al is het huwelijk naar canoniek recht ook geldig.

Er zijn enige materiele huwelijksvereisten, die naar kerkrecht geen geldigheidsvereisten zijn, doch welker niet-ervuld-zijn nu eens een inschrijving belet, dan weer een gedane inschrijving voor betwisting vatbaar maakt.

Is er geen „certificaat van geen bezwaar” afgegeven, dan zal de ambtenaar van de burgerlijke stand toch tot inschrijving van de hem aangeboden huwelijksakte moeten overgaan, behalve in een drietal gevallen n.l.⁷⁵:

a. als een van de partijen reeds in een ander huwelijk, dat kracht van burgerlijk huwelijk heeft, met een ander is verbonden, ongeacht in welke vorm - kerkelijke of burgerlijke - dit huwelijk is gesloten;

⁷³ Artikel 5 van de wet van 1929

⁷⁴ Vgl. voor canon 1098 hierna p. 195.

Anders dan wij RENE DESJARDINS, *Le mariage en Italie depuis les Accords de Latran*, Paris, 1933, p. 92

Zie over deze kwestie ook A. RAVA, *Lezioni di Diritto Civile sul Matrimonio*, Padova, 1933, p. 457, en VASSALI, *Lezioni di Diritto Matrimoniale*, Vol. I, Padova, 1932, no. 59.

De S. Congr. de disciplina Sacramentorum schijnt de mogelijkheid van inschrijving van een alleen in het bijzijn van getuigen voltrokken huwelijk niet uit te sluiten, vgl. Instructie van 1 Juli 1929, artikel 34, waar aangegeven is, hoe de pastoor in voorkomende gevallen heeft te handelen, o.m. moet hij de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte toezenden

⁷⁵ Artikel 12 van de wet van 1929, het certificaat is nodig, niet voor de burgerrechtelijke gelding, doch slechts voor de geoorlooftheid van de voltrekking van een huwelijk met burgerlijke gevolgen, aldus D'AMELIO, p. 257.

- b. als de echtgenoten, die kerkelijk trouwden, reeds door een vroeger huwelijk, dat kracht van burgerlijk huwelijk heeft, met elkaar zijn verenigd, ongeacht in welke vorm dit huwelijk is gesloten;
- c. als het huwelijk werd gesloten door een wegens geestesziekte onder curatele gestelde.

In alle andere gevallen, ook dan dus, als de voor de geldige totstandkoming van het burgerlijk huwelijk essentieel vereiste toestemming van ouders, voogden, of de autorisatie van het O.M. ontbreekt, zal de ambtenaar van de burgerlijke stand de inschrijving niet mogen weigeren.

Dat de inschrijving achterwege moet blijven en daardoor ook de kracht van een burgerlijk huwelijk aan een canoniek gesloten huwelijk niet wordt toegekend, spreekt in het onder a. genoemde geval voor zich. Door het stelsel van het facultatief kerkelijk huwelijk kan uiteraard niet aan iedere verbintenis, welke kerkrechtelijk een geldig sacramenteel huwelijk is, de kracht van burgerlijke huwelijken worden verleend. Het burgerlijk huwelijk, ook tussen twee Katholieken, verkrijgt altijd de burgerlijke gevolgen in de ruime betekenis daarvan. Kerkrechtelijk is dit geen huwelijk en zijn partijen vrij met een ander dan de burgerlijke echtgenoot een kerkelijk huwelijk aan te gaan. Burgerrechtelijk moet dit kerkelijk huwelijk wel verstoken blijven van de burgerlijke effecten, daar de staat anders bigamie zou toestaan. Hier bestaat dus een controverse tussen Kerk en staat, welke artikel 34 van het Concordaat niet doet vermoeden; immers, aan het door het canoniek recht geregelde huwelijk worden in dit geval niet de burgerlijke gevolgen toegekend.

Ook is duidelijk, dat in het sub b. bedoelde geval de inschrijving niet kan plaats hebben. Aan partijen zijn reeds eerder de burgerlijke gevolgen verleend en zij genieten die nog altijd.

Doordat in geval sub c. geen inschrijving kan volgen, wordt niet vervuld Rocco's belofte, dat aan het uitsluitend door het kerkrecht geregelde huwelijk de gevolgen van een burgerlijk huwelijk zouden worden verleend. Het is immers zeer wel mogelijk, dat deze curandus naar kerkrecht een geldig huwelijk heeft gesloten,⁷⁶ al moet het ondanks de bepaling van het Concordaat de burgerlijke gevolgen missen. Overigens wordt deze dualiteit opgeheven, omdat de inschrijving toch kan - en desgewenst zal moeten - doorgaan, wanneer partijen na de opheffing van de curatele gedurende drie maanden hebben samengeleefd.⁷⁷

Als er wèl een certificaat van geen bezwaar is afgegeven, zal de ambtenaar van de burgerlijke stand altijd tot inschrijving moeten overgaan, ook wanneer hem een van de omstandigheden van artikel 12 van de wet van 1929 (hier-vóór p. 137/8 a, b, c) bekend is. Dit zegt artikel 11 van de wet uitdrukkelijk.

⁷⁶ Voor de vraag, hoe de pastoor te handelen heeft, zie de Instructie van de S. Congr. de disciplina Sacramentorum van 1 Juli 1929, artikel 17, bij GASPARRI. Vol. II, p. 571.

⁷⁷ Artikel 14, 2e lid van de wet van 1929.

Wel is hem voorgeschreven, dat hij onmiddellijk het O.M. moet inlichten.

Zouden de burgerlijke afkondigingen niet hebben plaats gehad, terwijl geen dispensatie daarvan werd verleend, dan moet toch tot de inschrijving worden overgegaan, behalve weer, wanneer een van de drie gevallen van artikel 12 zich er tegen verzet. Er zullen vóór de inschrijving nog afkondigingen (van de voorgenomen inschrijving) moeten worden gedaan, terwijl men gedurende tien dagen de gelegenheid heeft tot stuiting op de gronden van artikel 12.⁷⁸

Altijd kan de geldigheid van een gedane inschrijving worden betwist en wel op grond van het aanwezig zijn van een der inschrijvingsimpedimenten van artikel 12.⁷⁹

Mag nu uit het voorgaande worden geconcludeerd, dat de materiële huwelijksvereisten van het burgerlijk huwelijksrecht altijd van toepassing zijn, ook op het canonieke huwelijk, zoals Mussolini zei en ook Valéry meent?⁸⁰ Bevestigend moet het antwoord luiden in die zin, dat stuiting mogelijk is en dat een „certificaat van geen bezwaar” wordt geweigerd, als een beletsel van het burgerlijk huwelijksrecht aanwezig is. Zo is dus stuiting toegelaten en geeft de ambtenaar het certificaat niet af, als - wanneer het gaat over het huwelijk van een minderjarige - de ouders of voogden niet in het huwelijk toestemmen of de autorisatie van het O.M. ontbreekt.

Maar daar staat tegenover, dat, al moge voor de geldigheid van een *burgerlijk* huwelijk die medewerking van derden een substantieel vereiste zijn, het ontbreken van die medewerking voor de inschrijving van de kerkelijke huwelijksakte in de registers van de burgerlijke stand geen bezwaar is. Slechts een drietal gronden toch, n.l. die van artikel 12, kunnen die inschrijving voorkomen of ongedaan maken. Het ontbreken der ouderlijke bewilliging etc. is daarbij niet genoemd. Men moet dus hieruit al de gevolgtrekking maken, dat de burgerlijke materiële vereisten voor het canonieke huwelijk niet in volle omvang gelden.

Ook verzet zich tegen het standpunt van Valéry de bepaling van artikel 82 Codice civile: voor het canonieke huwelijk geldt een afzonderlijke wet; a contrario dus niet het burgerlijk huwelijksrecht als zodanig.

In verband met de inschrijvingsbeletselen van artikel 12, die niet als kerkelijke beletselen gelden, zullen zich conflicten tussen Kerk en staat kunnen voordoen. De Kerk streeft er echter naar dergelijke spanningen zoveel mogelijk te voorkomen. Artikel 7 van de Italiaanse huwelijkswet van 1929

⁷⁸ Artikel 13 van de wet van 1929. Dit voorschrift is van belang voor de huwelijken, gesloten in extremis.

⁷⁹ Artikel 16 van de wet van 1929.

⁸⁰ JULES VALÉRY, Les accords du Latran et le droit international privé, La nouvelle législation italienne sur le mariage, in: Journal du droit international, 57me année, 1930, Tome 57, p. 289 vlg.; zie p. 298 (no. 14).

schrijft de ambtenaar van de burgerlijke stand voor om, in geval van stuiting, de pastoor daarvan op de hoogte te stellen. In de hierboven (p. 136) aangehaalde instructie van de S. Congr. de disciplina Sacramentorum is nu bepaald (artikel 16), dat de pastoor, wanneer hij zodanige mededeling van de ambtenaar van de burgerlijke stand ontvangt, de bisschop moet inlichten en zonder uitdrukkelijke machtiging van de bisschop aan de voltrekking van het huwelijk zijn medewerking niet mag verlenen, tenzij de stuiting klaarblijkelijk iedere grond mist. Het inlichten van de bisschop en het afwachten van diens machtiging zijn niet nodig, wanneer de stuiting hierop is gegrond, dat partijen reeds burgerlijk met elkaar zijn getrouwd (hierboven p. 138 onder b.). Deze bepaling is begrijpelijk, omdat in dit geval door het kerkelijk huwelijk een conflict tussen Kerk en staat juist tot een oplossing wordt gebracht. Wanneer de stuiting echter hierop gegrond is, dat een van partijen wegens geestesziekte onder curatele is gesteld, ofwel hierop, dat een van partijen met een ander reeds burgerlijk is gehuwd, zal de machtiging van de bisschop onontbeerlijk zijn (artikelen 17 en 18, 2e lid).

De Kerk schrijft de tussenkomst van de bisschop echter niet slechts voor in geval van stuiting op grond van bestaande band en ondercuratelestelling wegens geestesziekte. Volgens artikel 19 van de instructie van 1929 zal immers de toestemming van de bisschop tot de kerkelijke huwelijksvoltrekking ook nodig zijn, wanneer gestuit is op grond van het bestaan van een beletsel van het burgerlijk huwelijksrecht, dat geen inschrijvingsbeletsel is. Zo zal het, indien de minderjarige niet de door de Codice civile vereiste medewerking van derden (ouders, voogden of O.M.) verkrijgt, van het oordeel van de bisschop afhangen, of deze minderjarige een huwelijk mag aangaan.

B. DE ONTBINDING VAN HET CANONIEK HUWELIJK.

Op welke gronden kan burgerrechtelijk het canoniek huwelijk worden ontbonden, op de canonieke of de burgerlijke, dan wel beide?

Zowel voor de Kerk, als voor de staat geldt het beginsel, dat het huwelijk, ook het burgerlijke, alléén door de dood wordt ontbonden.⁸¹ Wel kan burgerlijk worden hertrouwd op grond van vermoeden van overlijden van een van de partijen na een tienjarige afwezigheid,⁸² doch na terugkeer van de doodgewaande geldt rechteus het eerste huwelijk.⁸³ Er is wat dit laatste betreft een volledige overeenstemming met het canoniek recht. Wanneer de Kerk een hertrouwen toestaat, omdat het overlijden van de vorige echtgenoot wordt aangenomen, en de afwezige toch blijkt te leven, dan geldt het eerste huwelijk.

Er is verschil tussen burgerlijk en kerkrecht in die zin, dat, terwijl voor de Kerk de dood met morele zekerheid moet vaststaan om te mogen hertrouwen,⁸⁴ burgerrechtelijk een afwezigheid gedurende een bepaalde tijd al vol-

⁸¹ Artikel 149 C.c.

⁸² Artikel 65 jo. artikel 58 C.c.

⁸³ Artikel 68 C.c.

⁸⁴ Vgl. canon 1069, § 2; hierna p. 188 vlg.

doende is om op door de burgerlijke rechter afgegeven „doodsverklaring” een tweede huwelijk te kunnen aangaan.⁸⁵ Zou een pastoor aan de sluiting van een tweede canonic huwelijk zijn medewerking verlenen, zonder dat overeenkomstig de kerkelijke voorschriften het reele overlijden van de eerste echtgenoot is vastgesteld, dan zal zo'n tweede kerkelijk huwelijk niet alleen canonicrechtelijk als ongeldig worden beschouwd,⁸⁶ maar ook naar burgerlijk recht de kracht van een burgerlijk huwelijk moeten missen. De Kerk zal immers dit huwelijk nietig verklaren, een uitspraak, welke ook burgerrechtelijk wordt erkend.

Zou echter na een eerste canonic gesloten huwelijk, dat in de registers is ingeschreven, een tweede louter burgerlijk huwelijk kunnen worden voltrokken op grond van de uitspraak van de burgerlijke rechter, dat de eerste echtgenoot overleden moet worden geacht? Wij menen van wel. Artikel 65 Codice civile, dat de burgers een hertrouwen toestaat, luidt algemeen, geldt voor allen. Bovendien kan nog het volgende worden aangevoerd. De staat heeft zich in het Concordaat en de wet van 1929 wel aan de nietigheidsuitspraken van de Kerk gebonden en dus ook aan de nietigheidsgronden van het canonic recht, doch nergens is bepaald, dat uitsluitend de kerkelijke ontbindingsgronden - voor zover door de staat erkend - voor het canonic huwelijk zullen gelden.

Gelden dus de kerkelijke ontbindingsgronden naar ons inzicht niet uitsluitend, zij gelden ook niet algemeen. Niet alle kerkelijke ontbindingsgronden hebben burgerlijke erkenning gevonden. Concordaat en wet noemen slechts ontbinding krachtens dispensatie van het „matrimonio rato e non consumato” als ook burgerrechtelijk na inschrijving der dispensatie van kracht.⁸⁷ De derde kerkelijke ontbindingsgrond (privilegium fidei)⁸⁸ wordt niet genoemd en geldt daarom o.i. ook niet voor het burgerlijk rechtsgebied. Waarom één grond uitdrukkelijk te vermelden, als ook de andere burgerlijk van kracht is?

Bij een ruime uitleg van artikel 17 van de wet (ontbinding van het geldig niet voltooid huwelijk krachtens dispensatie) zal men het er voor kunnen houden, dat deze bepaling ook ziet op het onvoltooid van rechtswege door het afleggen van de plechtige gelofte ontbonden huwelijk. Ook kan men onder „matrimonio rato” nog rekenen het huwelijk, aangegaan tussen een Katholiek en een niet gedoopte.⁸⁹

⁸⁵ Mits de achtergebleven echtgenoot tegoedertrouw is

⁸⁶ Het eerste huwelijk wordt immers geacht geldig te bestaan, zodat derhalve het tweede als ongeldig wordt beschouwd.

⁸⁷ Artikel 34 van het Concordaat, 5e en 6e lid, artikel 17 van de wet van 1929, voor de ontbinding van het „matrimonium ratum non consummatum” hierna p 191-192.

⁸⁸ Zie voor de ontbindingsmogelijkheden naar canonic recht, p 191 vlg

⁸⁹ Het canonic „matrimonium ratum” in strikte zin is het sacramenteel huwelijk, aangegaan door twee gedoopten (canon 1015, § 1). In ruimere zin begrijpt men er ook onder het geldig huwelijk tussen een gedoopte en een ongedoopte Vgl VAN WELIE, no 27, p 38, zie ook MATTHEUS CONF A CORONATA O F M Cap, Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum. De Sacramentis Tractatus Canonicus, Vol III De Matrimonio et Sacramentalibus, Torino, 1945, no 26, p 31, noot 3, de instructie van 1 Juli 1929 (hiervóór p 136, noot 72) spreekt van „matrimonio rato” ook dan wanneer het een huwelijk tussen een gedoopte en een ongedoopte betreft (artikel 49).

Maar wat, als een tussen een niet-Katholiek gedoopte, die nooit tot de Katholieke Kerk was overgegaan, en een ongedoopte aangegaan huwelijk kerkrechtelijk wordt ontbonden, hetzij van rechtswege door de plechtige kloosterprofessie, hetzij door dispensatie van de Paus? En zal ook een door bedoelde dispensatie ontbonden onvoltooid huwelijk, aangegaan tussen twee niet-Katholiek gedoopten, Protestanten bijvoorbeeld, voor de staat ontbonden kunnen worden geacht? Deze huwelijken zijn niet voor de Katholieke geestelijke aangegaan en dus niet als canoniek huwelijk in de burgerlijke registers ingeschreven. Daarom zullen, aangezien de wet van 1929 de burgerlijke erkenning van kerkelijke ontbinding door dispensatie tot het „matrimonio celebrato davanti un ministro del culto cattolico e trascritto nel registro dello stato civile” beperkt,⁹⁰ die huwelijken naar burgerlijk recht moeten blijven gelden. Zelfs het feit, dat partijen of een hunner tot het Katholicisme zijn overgegaan, kan hier niets aan veranderen.

Zeker geldt niet voor het burgerlijke forum een kerkelijke ontbinding krachtens het „privilegium fidei”⁹¹ van een burgerlijk gesloten huwelijk van twee ongedoopten of van een gedoopte en een ongedoopte. Burgerrechtelijk blijft het eerste - door toepassing van het kerkrecht ontbonden - huwelijk voortbestaan, is een tweede canoniek gesloten huwelijk in verband met artikel 12 (hiervóór p. 137, sub a) van de wet van 1929 niet voor inschrijving vatbaar. Kerkrechtelijk geldt alleen het kerkelijk huwelijk. Voor Italië is dit een onoplosbare moeilijkheid, omdat het huwelijk door echtscheiding niet kan worden ontbonden.

C. DE RECHTSPRAAK BETREFFENDE HET CANONIEK HUWELIJK.

Naar wij zagen, bepaalt het Concordaat, dat alléén de kerkelijke rechter competent is tot het uitspreken van het oordeel, dat een canoniek huwelijk nietig is. Door deze erkenning van staatswege van de uitsluitende jurisdictie van de Kerk werd in belangrijke mate tegemoet gekomen aan de wensen van de Kerk. De burgerlijke rechter moet zich dus onthouden van het oordeel, dat het canoniek huwelijk nietig is, ook al is niet voldaan aan de drie vereisten van artikel 12 van de wet. En inderdaad wordt de burgerlijke rechter, geheel in overeenstemming met wat met de H. Stoel werd overeengekomen, ook in de wet niet bevoegd verklaard de nietigheid van het canonieke huwelijk uit te spreken. Maar al is de burgerlijke rechter in deze dan ook niet competent, hij mag wel bepalen, dat de inschrijving van een canoniek huwelijk nietig is; en wel als die inschrijving wordt bestreden op een der in artikel 12 genoemde gronden.⁹² Die omstandigheden vormen dus geen huwelijks-, maar inschrijvingsbeletselen. Zo wordt het Concordaat formeel, naar de letter, gerespecteerd. Maar al moge het huwelijk canoniekrechtelijk geldig

⁹⁰ Artikel 17 van de wet van 1929.

⁹¹ Hierna p. 192-193.

⁹² Artikel 16 van de wet van 1929; vgl. artikel 18, dat spreekt van „annullamento della trascrizione”.

zijn, het heeft, als de burgerlijke rechter de doorhaling van de inschrijving beveelt, niet langer de kracht van een burgerlijk huwelijk. Praktisch komt het dus hierop neer, dat het kerkelijk huwelijk „in foro civili” niet geldt. Dit heeft dan ook tot gevolg, dat somtijds met een ander dan de kerkelijke echtgenoot een geldig burgerlijk huwelijk kan worden gesloten, omdat naar burgerlijke inzichten het beletsel van bestaande huwelijksband niet meer aanwezig is. Wordt een dergelijk burgerlijk huwelijk metterdaad aangegaan, dan wordt naar beschouwing van de staat ook het delict van bigamie niet gepleegd, omdat slechts degene, die reeds in een huwelijk met burgerlijke gevolgen is verbonden en daarna een tweede huwelijk sluit om voor dit tweede huwelijk de burgerlijke effecten te verkrijgen, valt onder de delictsomschrijving van artikel 556 It. W. v. Sr.

Niet alleen is de gelding van een canoniek huwelijk als huwelijk met burgerlijke gevolgen aan de inschrijving gebonden, doch ook is het burgerlijk effect van een nietigverklarende uitspraak van de kerkelijke rechter van een dergelijke inschrijving in de burgerlijke registers afhankelijk. Het is de burgerlijke rechter, die aan de ambtenaar van de burgerlijke stand zal moeten gelasten van die kerkelijke uitspraak aantekening te maken bij de huwelijksakte.⁹³ Doch een dergelijke last kan niet met betrekking tot ieder nietigverklarend vonnis van de kerkelijke rechter worden gegeven, maar slechts als het gaat over een canoniek gesloten burgerlijk ingeschreven huwelijk.⁹⁴

De kerkelijke ontbinding van een „matrimonium ratum non consummatum” is eerst burgerlijk van kracht, als de inschrijving van de dispensatie in de burgerlijke registers heeft plaats gehad. Ook daartoe moet door de burgerlijke rechter een last worden gegeven.⁹⁵

De burgerlijke rechter heeft ook bemoeienis met het canoniek huwelijk, als hij geroepen is tot het geven van een beslissing in geval van stuiting, hetzij deze gericht is tegen de burgerrechtelijke erkenning van het voorgenomen kerkelijk huwelijk,⁹⁶ hetzij zij- gegrond op artikel 12 van de wet van 1929 - beoogt, dat niet wordt ingeschreven de akte van een kerkelijk huwelijk, waaraan geen afkondigingen voorafgingen.⁹⁷ Insgelijks kan de beslissing van de burgerlijke rechter worden ingeroepen, wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand de inschrijving van een akte weigert, ingeval geen certificaat van geen bezwaar is afgegeven,⁹⁸ en ook, als hij ingevolge de overlegging van een verklaring van geen bezwaar wel verplicht is in te schrijven, maar tegen die inschrijving kan worden opgekomen op een der gronden van artikel 12, in welk geval de ambtenaar het O.M. van die nietigheidsgrond moet verwittigen.⁹⁹

In één opzicht heeft de Kerk de staat uitsluitende jurisdictiebevoegdheid over-

⁹³ Artikel 17 van de wet van 1929.

⁹⁴ Artikel 17, 2e lid van de wet van 1929.

⁹⁵ Artikel 17, 2e lid van de wet van 1929.

⁹⁶ Artikel 7 van de wet van 1929.

⁹⁷ Artikel 13 van de wet van 1929.

⁹⁸ Artikelen 12, 14 en 15 van de wet van 1929.

⁹⁹ Artikelen 11 en 16 van de wet van 1929.

gedragen wat de huwelijksband betreft. Inzake scheiding van tafel en bed legt de Kerk zich neer bij de uitspraken van de burgerlijke rechter.¹⁰⁰

II. HET KERKELIJK HUWELIJK VAN NIET-KATHOLIEKEN.¹⁰¹

Al werd de Katholieke Kerk als staatskerk door Italië bevoorrecht, zij het meer in het Concordaat dan in de wet van 27 Mei 1929, ook aan andere kerken heeft men toegestaan huwelijken te voltrekken.

Anders dan Valéry,¹⁰² die zulks als een uitvloeisel ziet van het beginsel van gelijkheid van alle burgers voor de wet, beschouwen wij zulks meer als uiting van het beginsel van tolerantie. En wel omdat een absolute gelijkheid van alle burgers in Italië niet bestaat. Uit het oogpunt van de godsdienst worden de burgers niet als gelijken gezien. Men zou hoogstens kunnen spreken van een gelijkheid in negatieve zin. Het feit n.l. dat men tot een andere kerk behoort dan de Katholieke, schept geen burgerlijke of politieke onbekwaamheid. Maar deze soort gelijkheid roept niet noodzakelijk te voorschijn, dat men de andersdenkenden moet geven, wat men de Katholieken schonk. Immers het ook door de Italiaanse staat voorgestane beginsel dat ieder, ongeacht zijn godsdienstige overtuiging, moet kunnen huwen, zou geen geweld worden aangedaan, als men niet-Katholieken niet een burgerrechtelijke erkenning van hun kerkelijk huwelijk verleende. Er is in Italië principiële ongelijkheid in godsdienstig opzicht. Het blijkt wel hieruit, dat het recht tot uitoefening van een andere dan de Katholieke godsdienst van een autorisatie van de staat afhankelijk is, al werd die bij de wet van 24 Juni 1929, no. 1159¹⁰³ ook algemeen verleend. De Katholieke godsdienst wordt er als de ware godsdienst, als die van de staat erkend.¹⁰⁴

Die verschillende appreciatie van de belijdenissen leidde ertoe, dat men met betrekking tot het huwelijk de Katholieken meer gaf dan de andersdenkenden. Dit was de opzet; het blijkt uit de genoemde rede van Rocco.

We zagen, dat er in Italië tussen het canoniek huwelijk en het burgerlijk huwelijk meer verschil is dan alleen in de vorm, waarin het huwelijk tot stand komt. We zullen zien, dat het onderscheid tussen het godsdienstig huwelijk van andersdenkenden en het burgerlijk huwelijk zich wel tot de vorm beperkt.

Het verschil in standpunt van de Italiaanse staat ten opzichte van het kerkelijk huwelijk van Katholieken en dat van dissenters blijkt al onmiddellijk

¹⁰⁰ Artikel 19 van de wet van 1929; Concordaatsartikel 34, laatste lid.

¹⁰¹ Vgl. noot 54 op p. 132.

¹⁰² o.c., p. 307.

¹⁰³ De tekst bij D'AVANZO, p. 563 vlg.; Franse vertaling in *La Documentation catholique*, 12me année, no. 505, 1 Februari 1930, kol. 294 vlg. Deze wet bevat de voorschriften voor het kerkelijk huwelijk van niet-Katholieken (artikelen 7-12).

¹⁰⁴ Rocco in zijn aangehaalde rede: „... Wij hebben... geproclameerd, dat de Italiaanse staat Katholiek is” en verder „Wij erkennen de Katholieke godsdienst als de ene ware”.

uit een vergelijking van de artikelen 82 en 83 C.c. Zijn op het Katholieke huwelijk niet van toepassing de bepalingen van Boek I, 6e titel, Hoofdstuk III (handelend over het voor de ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten huwelijk), doch geldt daarvoor de speciale wet van 27 Mei 1929, voor het kerkelijk huwelijk van niet-Katholieken geldt in beginsel dat Hoofdstuk en daardoor het gehele burgerlijk huwelijksrecht wel, tenzij in een speciale wet, n.l. die van 24 Juni 1929, no. 1159¹⁰⁵ anders is bepaald. Die wet houdt echter alleen voorschriften in, waarbij onder bepaalde voorwaarden de kerkelijke sluitingsvorm wordt toegestaan, zodat voor het overige het burgerlijk wetboek geldt.

Als men een kerkelijk huwelijk, als vorm van burgerlijk huwelijk wil aangaan, moeten partijen de ambtenaar van de burgerlijke stand hieromtrent inlichten. Deze zorgt voor de huwelijksaankondigingen en zal daarna, als hem niets bekend is, dat zich verzet tegen het sluiten van een huwelijk volgens de voorschriften van het burgerlijk wetboek¹⁰⁶ een autorisatie dienen af te geven, waarin de geestelijke wordt aangewezen voor wie het huwelijk moet worden gesloten en de datum van het ministeriël besluit wordt vermeld, waarbij zijn benoeming tot bedienaar van de godsdienst werd goedgekeurd. Een drietal verschilpunten met het canoniek huwelijk vallen ons op. Bij het canoniek huwelijk wordt een certificaat van geen bezwaar afgegeven, hetwelk overigens voor burgerlijke erkenning van het huwelijk niet strikt nodig is; hier wordt gesproken van een machtiging tot sluiting van een kerkelijk huwelijk, welke machtiging niet kan worden gemist. Bij de canonieke huwelijken laat de staat de Kerk vrij t.a.v. de persoon van de geestelijke en richt de staat zich naar de voorschriften van het canoniek recht, bij het godsdienstig huwelijk van andersdenkenden wordt de bedienaar van de godsdienst, die aan de totstandkoming van het huwelijk zal meewerken, door de ambtenaar van de burgerlijke stand aangewezen. En ten derde wordt vermelding van een ministerieel goedkeuringsbesluit vereist. Dit voorschrift hangt hiermede samen, dat de aanstelling van iemand tot bedienaar van een andere godsdienst dan de Katholieke door de Minister van Justitie en Eredienst moet worden goedgekeurd. Deze goedkeuring is van zo essentieel belang, dat een huwelijk voltrokken voor een geestelijke, wiens aanstelling niet die goedkeuring heeft verkregen, in ieder geval geldigheid mist.¹⁰⁷

Na de autorisatie kan de kerkelijke sluiting plaats vinden. De geestelijke stelt partijen door voorlezing van enkele artikelen uit de *Codice civile* op de hoogte van de burgerlijke gevolgen van het huwelijk. Partijen zelf moeten verklaren, dat zij elkaar nemen tot man en vrouw. Deze wederzijdse toestemming moet zijn „pur et simple”, zonder tijdsbepaling en zonder voorwaarde.¹⁰⁸ De geestelijke maakt binnen vijf dagen een akte op en moet deze de ambte-

¹⁰⁵ Artikel 83 C.c.

¹⁰⁶ Artikel 8 van de wet.

¹⁰⁷ Artikel 7 van de wet.

¹⁰⁸ Artikel 9 van de wet en artikel 108 C.c.; vgl. CANGARDEL, *Le consentement des époux au mariage en droit civil français et en droit canonique*, Toulouse, 1934, p. 11.

naar van de burgerlijke stand ter inschrijving toezenden.¹⁰⁹ Eerst wanneer al die voorwaarden zijn vervuld, heeft dit huwelijk dezelfde gevolgen als een huwelijk, dat werd gesloten voor de ambtenaar van de burgerlijke stand.¹¹⁰ De autorisatie schijnt hier dus wel - anders dan met betrekking tot het certificaat bij het canoniek huwelijk - strikt nodig.

Op dit kerkelijk gesloten, behoorlijk ingeschreven, huwelijk zijn verder alle bepalingen van de Codice civile van toepassing, die ook gelden voor het burgerlijk huwelijk. Zo zal dus de geldigheid van het huwelijk afhankelijk zijn van de vraag, of de bepalingen en van de speciale wet en - voor het overige - van het burgerlijk wetboek zijn nagekomen. Zo zal het beletselenrecht van de Codice civile geheel gelden. Zo zal de geldigheid slechts door diegenen kunnen worden betwist, die in de Codice civile zijn aangewezen. Ook zal dat recht van betwisting door verjaring kunnen worden verwerkt. Ook dit huwelijk is alleen door de reële of gepresumeerde dood te ontbinden, ongeacht wat de godsdienst daaromtrent bepaalt. Tenslotte wordt de rechtspraak exclusief door de burgerlijke rechter uitgeoefend.

¹⁰⁹ Artikel 9 van de wet.

¹¹⁰ Artikel 7 van de wet.

DERDE DEEL.

DE WAARDERING VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK.

DERDE DEEL.

DE WAARDERING VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK.

HOOFDSTUK I.

DE RECHTEN VAN KATHOLIEKE KERK EN STAAT TEN AANZIEN VAN HET HUWELIJK VOLGENS DE KATHOLIEKE LEER.

§ 1. DE KATHOLIEKE KERK EN DE SECULARISATIE VAN HET HUWELIJK.¹

Zoals we in het eerste deel van deze studie hebben gezien, ligt aan het verwereldlijkte huwelijk een bepaalde theologische huwelijksconceptie ten grondslag.

De civilistische contractsleer scheidde het sacrament en de overeenkomst zakelijk van elkaar en noemde de overeenkomst burgerlijk van aard. Op die scheiding en kwalificatie werd door sommigen, als Gerbais, een concurrente, door anderen, als Le Ridant en ook de wetgevers van de Revolutie en daarna, een uitsluitende bevoegdheid van de staat gefundeerd tot regeling van het huwelijk.² Allen ontzegden zij de Kerk een exclusieve bestuursmacht. Naar de opvatting van Le Ridant en de seculariserende wetgevers ontbrak Haar rehtens bovendien iedere eigen en oorspronkelijke bevoegdheid. slechts krachtens concessie van de staat had de Kerk in het verleden het huwelijk

¹ We bespreken hier alleen het standpunt, dat de Kerk inneemt met betrekking tot het feit der secularisatie, als aantasting van de rechten van de Kerk. Voor de zedelijke beoordeling van het burgerlijk huwelijk zie men de encyclieken „Arcanum” en „Casti Connubii”, verder ook J. HOLLWECK, Das Civileherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dargestellt im Lichte des canonischen Eherechts, Mainz, 1900, p. 47 vlg., DR. MARTIN LEITNER, Lehrbuch des katholischen Eherechts, 2. Auflage, Paderborn, 1912, p. 80 vlg., DR. KONRAD MARTIN, Die Christliche Ehe und die Civilehe, Mainz, 1874.

Dat ook de Nederlandse wet bedoelt de huwelijksband te regelen moge o.a. blijken uit onze historische uiteenzetting, gegeven in het eerste deel van deze studie. De gehele contractstheorie, ook te onzent tot toepassing gebracht, bedoelde juist de rechten van de staat te verdedigen ten opzichte van de huwelijksband. Zie ook het wel onweerlegbare betoog van MR. W. J. A. J. DUYNSTEE C. S. S. R. in diens Burgerlijk recht en zielzorg, 6e druk, 's Hertogenbosch, 1948, p. 33 vlg., idem VAN WELIE, no. 36 p. 63, DR. A. C. M. SCHAEPMAN, Het burgerlijk huwelijk der Rooms-Katholieken in Nederland, Utrecht, 1900, p. 6 vlg., L. WOUTERS C. S. S. R., De forma promissionis et celebrationis matrimonii, Bussum, 1919, p. 49, anders A. VAN GESTEL, Het burgerlijk huwelijk in het Nederlandsch recht, in: Studien op godsdienstig, wetenschappelijk en letterkundig gebied, Nieuwe reeks, 27e jaargang, 43e deel, Utrecht, 1894, p. 227 vlg., zie o.a. p. 240, TH. M. VLAMING, Praelectiones de iure matrimonii, Tom I, Warmundae, 1897, no. 130, p. 60 vlg. Zo hebben ook de bepalingen o.a. van de Duitse wet niet slechts betrekking op de burgerlijke gevolgen in strikte zin, zie daarover LEITNER, p. 79.

² Zie hiervoor p. 58, 63, 70, 71, en 74.

mogen regelen; de staat had het recht het bestuur van het huwelijk geheel in eigen hand te nemen.

Daartegenover werd door de „Ultramontanen” de oude leer verdedigd van de identiteit van overeenkomst en sacrament en van de uitsluitende, eigen en oorspronkelijke macht van de Kerk (jus exclusivum, proprium et nativum).

De Kerk heeft op het Concilie van Trente niets geleraard nòch omtrent het verband tussen overeenkomst en sacrament (zakelijk of slechts logisch onderscheiden), nòch omtrent de aard der kerkelijke rechten (oorspronkelijk of afgeleid), nòch omtrent hun omvang (exclusief of concurrent).³ Een formele uitdrukkelijke afkondiging der kerkelijke leer omtrent die punten was ten tijde van het Concilie trouwens niet urgent. Het was toen niet te voorzien, dat in de zeventiende eeuw al, en in nog ruimere omvang in de achttiende, voor de staat rechtsmacht zou worden opgeëist op grond van het contractuele karakter van het huwelijk.

De uitdrukkelijke bepaling van wat als waarheid moest worden aangenomen omtrent de aard en omvang van het recht van de Kerk werd wèl alleszins gewenst, toen de theologische controverse zich steeds scherper toespitste en de staat deze ging gebruiken tot rechtvaardiging van zijn bemoeiingen met het huwelijk.

Toch is de theologische strijd der meningen pas betrekkelijk laat door het hoogste kerkelijk gezag beslecht.⁴ Weliswaar zijn door de kerkelijke overheid vanaf de zestiende eeuw vertogen gericht tot de burgerlijke gezagsdragers, die zich met de regeling van het huwelijk schenen in te laten,⁵ doch de civilistische contractleer en de daarop gebaseerde secularisatie zijn door de Pausen eerst definitief afgewezen, nadat de secularisatie van het huwelijk

³ Het Concilie van Trente heeft slechts bepaald, dat het huwelijk - tussen gedoopten - een sacrament is (canon 1 van „De sacramento matrimonii”) en dat de Kerk wetgevende en rechtsprekende macht toekomt (canones 4 en 12 van „De sacramento matrimonii”, vgl. hiervóór p. 12, zie ook het Trentse decreet „De reformatione matrimonii”, cap. 1 („Tametsi”).

⁴ BENEDICTUS XIV noemde de leer van de reële gescheidenheid „probabilis”, De synodo dioeciesana, Mechliniae, 1842, I VIII, c. 13, vgl. DE SMET, no. 176, p. 151-152 en no. 184, p. 156-157.

⁵ Zie hiervóór p. 19, 30 en 48, noot 14. Het bleek ook nodig de geestelijkheid de oorspronkelijkheid en exclusiviteit van de kerkelijke rechtsmacht in te scherpen. GOUSET vermeldt in zijn commentaar, p. 59 en p. 70, een tweetal brieven van Paus PIUS VI, die beide de bevoegdheid van de staat tot bestuur van het huwelijk afwijzen. De eerste is van 2 Februari 1782, gericht aan de aartsbisschop van Trier: de Kerk heeft een eigen recht tot het vaststellen van ongeldigmakende beletsel, de Apostelen en hun onmiddellijke opvolgers hebben huwelijkswetten vastgesteld en konden bij de regeling van het huwelijk toch bezwaarlijk menen hun macht te hebben ontvangen van de hun zo weinig welgezinde burgerlijke gezagsdragers. In 1788 ontvangt de bisschop van Motola een pauselijke brief, die aan duidelijkheid niets te wensen overlaat. Zij is bedoeld als een vermaning, gericht tot de bisschop, die op 7 Juli 1788 als gedelegeerde van de koning van de Beide Siciliën een huwelijkskwestie had beoordeeld, nadat het aartsbisschoppelijk hof van Napels omtrent die kwestie al uitspraak had gedaan. In Augustus 1788 publiceert de bisschop van Motola zijn uitspraak, nadat hij haar eerst door de koning had laten goedkeuren. De Paus schrijft de bisschop, dat, waar het huwelijk een van de zeven sacramenten is en waar alles met betrekking tot de sacramenten de Kerk is toevertrouwd, alleen de Kerk alle recht en macht heeft ten aanzien van de tot sacrament verheven huwelijksovereenkomst. Bijgevolg komt alleen de Kerk het oordeel toe over de geldigheid of ongeldigheid van het huwelijk. De bisschop krijgt tot slot bevel zijn uitspraak te herroepen.

zich reeds volledig had voltrokken. Het zou zelfs tot de tweede helft van de negentiende eeuw duren, voordat de indentiteit van overeenkomst en sacrament en de exclusiviteit van de kerkelijke rechtsmacht theologisch wel niet langer kon worden betwist.

Afgezien van wat Trente in de canones 4 en 12 bepaalde, wordt eerst door Paus PIUS VI in zijn Bulla „Auctorem fidei” van 28 Augustus 1794 dogmatisch geleraard, dat de Kerk een e i g e n recht met betrekking tot het huwelijk heeft. De leringen van Pistoia, die zulks in Jansenistische en Gallicaanse trant ontkenden, worden als ketters gebrandmerkt, tegenstrijdig aan de canones 3, 4, 9 en 12 van Trente.⁶

Paus PIUS IX zal de leer van de identiteit van overeenkomst en sacrament, de reële onscheidbaarheid van deze, plechtig afkondigen en aldus de doctrine der regalisten veroordelen.

Tegen de stelling van de Turijnse hoogleraar NUYTZ, welke inhield, dat het sacrament des huwelijks slechts een „accessorium” is van het huwelijkscontract, terwijl de sacramentaliteit bestaat in de huwelijkszegen, richt Pius IX zijn „Damnatio Ad Apostolicae” van 22 Augustus 1851.⁷ In zijn Allocutio „Acerbissimum vobiscum” van 27 September 1852 zegt de Paus, dat het huwelijk zelf het sacrament is en dat elke verbintenis tussen man en vrouw buiten het sacrament, ook al is die verbintenis door de burgerlijke wet gelegd, niet anders is dan een schandelijke buitenechtelijke samenleving „ac proinde a conjugali foedere sacramentum separari nunquam posse, et omnino spectare ad Ecclesiae potestatem ea omnia decernere, quae ad idem matrimonium quovis modo possunt pertinere”.⁸ Eindelijk wordt ook door dezelfde Paus in de „Syllabus” de onafscheidbaarheid van het sacrament van het contract geleerd, terwijl nog eens de opvatting verworpen wordt, als zou de Kerk geen rechtsmacht over het huwelijk toekomen.⁹

Paus LEO XIII heeft in zijn Encyclicle „Arcanum” van 10 Februari 1880¹⁰ deze leer opnieuw bevestigd en in het bijzonder ook de exclusiviteit van de kerkelijke bestuursmacht onderstreept. In het tweede deel der encyclicle weerlegt de Paus in den brede, dat het huwelijk een zuiver burgerlijke zaak zou zijn en aan de rechtsmacht van de Kerk zou moeten worden onttrokken.¹¹ Allereerst pretendeert de Paus de macht van de Kerk, omdat het huwelijk een heilige zaak is, in wezen godsdienstig. Dit heilige karakter is geen bijkomstigheid, is niet van de mensen ontvangen, maar door de natuur erin gelegd.¹² Mitsdien staat het huwelijk onder de bevoegdheid en het bestuur

⁶ DENZINGER, 1559 en 1560, p. 412-413.

⁷ PIUS IX, Ad Apostolicae, no. 2, 22 Augustus 1851, in: P. GASPARRI, Codicis Iuris Canonici Fontes, Vol. II, no. 511, p. 857; vgl. PERRONE, Tom. 1, p. 167.

⁸ DENZINGER, 1640, p. 439-440.

⁹ DENZINGER, 1765-1774, vooral 66, p. 471-472; vgl. CONTE A CORONATA, no. 15, p. 18, die de leer van de identiteit „doctrina certa” noemt, de theorie van de gescheidenheid „non tamen haeretica”.

¹⁰ Wij gebruiken de uitgave van „Ecclesia Docens”, Pauselijke Documenten voor onze tijd, vertaald door F. A. J. VAN NIMWEGEN C.S.S.R., Hilversum, 1940.

¹¹ Nos. 26 vlg.

¹² No. 30.

van het Goddelijk gezag der Kerk.¹³ Daar het huwelijk tussen gedoopten door Christus tot sacrament is verheven, is het een volkomen ongerijmdheid ook maar het geringste deel van de kerkelijke bevoegdheid aan het burgerlijk bestuur te willen overdragen.¹⁴ Bovendien leert ook de geschiedenis, dat de Kerk van de Haar als eigen recht toekomende macht altijd een onafhankelijk gebruik heeft gemaakt. Tegen degenen, die beweren, dat, al moge het huwelijk een sacrament zijn, het tevens een overeenkomst is, welke als zodanig aan de staatsmacht is onderworpen, leert ook deze Paus, dat de overeenkomst niet van het sacrament kan worden losgemaakt. Dit laatste is niet een aan het huwelijk toegevoegd sieraad of een van buiten er bij gekomen eigenschap. Christus heeft immers het huwelijk zelf tot sacrament verheven. En het huwelijk bestaat in de geldig tot stand gekomen overeenkomst, zodat overeenkomst en sacrament hetzelfde zijn.¹⁵ Worden dus regels gesteld, die bij de sluiting van de huwelijksvereenkomst in acht dienen genomen te worden, dan worden eo ipso voorschriften met betrekking tot het sacrament gegeven. Doch slechts de Kerk kan voorschriften uitvaardigen met betrekking tot de sacramenten, zodat de Kerk met uitsluiting van de staat de rechtsmacht toekomt met betrekking tot de huwelijksvereenkomst, welke immers reëel hetzelfde is als het sacrament.¹⁶

De encycielik „Casti Connubii” van 31 December 1930 van Paus PIUS XI bevestigt, wat Leo XIII in „Arcanum” als de kerkelijke leer heeft verkondigd.¹⁷

Naar Katholieke leer heeft dus de Kerk een eigen¹⁸ en uitsluitend¹⁹ recht om het huwelijk tussen gedoopten (het z.g. vol-Christelijk huwelijk) in volle omvang te regelen, en komt alleen Haar jurisdictie-bevoegdheid toe.²⁰

Daarom moet ook de Kerk het burgerlijke huwelijk, als een aantasting van Haar goddelijke rechten, principieel afwijzen. Daarom verwerpt zij ook de dualiteit van huwelijksregeling, als strijdig met Haar theologie. De Kerk houdt echter niet vast aan Haar eis van erkenning van Haar onvervreembare rechten, de erkenning van het canonieke huwelijk, uitsluitend en alleen omdat Zij die rechten heeft. Doch zij spoort de burgerlijke overheid aan juist in het belang van de staat zelf de heilige wetten aangaande het huwelijk onaangetaast te laten en gebruik te maken van de hulp, die de Kerk biedt ter bescherming der goede zeden en tot welzijn der gezinnen.²¹

¹³ No. 31

¹⁴ No. 32.

¹⁵ No. 38.

¹⁶ Nos 32 en 38. Vgl. VAN WELIE, no 30, p 43.

¹⁷ Uitgave „Ecclesia Docens”, vertaald door F. A. J. VAN NIMWEGEN C.Ss.R., 2e druk, Hilversum, 1941. Zie: no. 6, no. 50 „Et quoniam Christus ipsum coniugalem inter fideles validum consensum signum gratiae constituit, ratio Sacramenti cum Christiano coniugio tam intime coniungitur, ut nullum inter baptizatos verum matrimonium esse possit „quin sit eo ipso Sacramentum” (vgl canon 1012, § 2), no 94

¹⁸ „de fide catholica definita”, vgl CONTE A CORONATA, no. 34, p 39

¹⁹ „doctrina theologice certa”, vgl CONTE A CORONATA, no 34, p 39.

²⁰ Over de zeggenschap van de Kerk t a v het half-Christelijk en het niet-Christelijk huwelijk zie de volgende paragraaf

²¹ „Arcanum”, no 59

§ 2. HET BESTUUR OVER HET VOL-CHRISTELIJK, NIET-CHRISTELIJK EN HALF-CHRISTELIJK HUWELIJK.

Het uitsluitend en eigen recht der Katholieke Kerk omvat de wetgevende, rechterlijke en „dwingende” macht²² over het huwelijk tussen gedoopten. Haar komt de bevoegdheid toe verbiedende en ongeldigmakende beletselen vast te stellen.²³ Dat recht der Kerk is echter niet onbeperkt, doch vindt zijn begrenzing in het positief Goddelijk recht en het natuurrecht. De Kerk kan geen bindende regels voorschrijven, die in strijd zijn met het Goddelijk recht, noch het afschaffen, noch er van dispensereren, tenzij Haar de bevoegdheid daartoe door Haar Goddelijke Stichter werd verleend.²⁴

Van de staat wordt verlangd, dat hij dit Goddelijk recht van de Kerk erkent; dat hij zich derhalve onthouden zal van de regeling van het huwelijk tussen gedoopten. Het naar canoniek recht geldige huwelijk gelde „in foro civili” en de staat erkenne geen ander huwelijk tussen gedoopten als wettig, dan hetwelk naar kerkelijke beschouwing als zodanig geldt. Dit is het postulaat der Kerk. Zo moet de staat aan het kerkelijk geldige huwelijk de „onafscheidelijke” huwelijksgevolgen²⁵ toekennen.

Doch de Kerk weet en erkent, dat het sacrament van het huwelijk, als gericht ook op de instandhouding en groei der menselijke maatschappij, nauw verband houdt met de menselijke aangelegenheden, die gevolgen zijn van het huwelijk en behoren tot het burgerlijk terrein. Ten opzichte van deze zuiver burgerlijke gevolgen is de staat bevoegd.²⁶

Ook mag de staat onder strafrechtelijke sanctie van de echtgenoten vorderen, dat zij er zorg voor dragen, dat hun kerkelijk gesloten huwelijk in de registers van de burgerlijke stand wordt ingeschreven.²⁷ De staat moet echter de geldigheid van het huwelijk erkennen van het moment van de sluiting af.²⁸ Op de vraag, of de staat zuiver verbiedende huwelijksbeletselen ter inachtneming mag voorschrijven, wordt ontkennend geantwoord.²⁹ Was het anders, dan zou de staat logischerwijze ook de bevoegdheid bezitten ongeldigmakende beletselen vast te stellen. De staat kan wel in een materie, die direct onder zijn bevoegdheid valt, een verplichting opleggen, als gevolg waarvan indirect het aangaan van een huwelijk wordt verhinderd (Van Welie, p. 51). Door sommige auteurs wordt de mening verdedigd, volgens welke de staat bepaalde

²² „Hac (coercitiva) potestate uti potest Ecclesia ad observantiam suarum de matrimonio legum curandam, sive ad earundem inobservationem puniendam, intemque ad obligationes ex matrimonio ortas aut cum matrimonio connexas urgendas”, CONTE A CORONATA, no. 35, p. 40-41; zie ook DE SMET, no. 425, p. 365; vgl. van Welie, no. 30, p. 43-49.

²³ Canon 1038, § 2.

²⁴ Zie hierna p. 191 vlg.

²⁵ Zie hiervoor p. 2, noot 9.

²⁶ „Arcanum”, no. 61, canon 1016; Vgl. DE SMET, no. 425, p. 366 en no. 427, p. 368; GAS-PARRI, Vol. I, no. 237, p. 144; VAN WELIE, no. 31, p. 49 vlg.

²⁷ CONTE A CORONATA, no. 38, p. 44; DE SMET, no. 428, p. 369.

²⁸ CONTE A CORONATA, no. 38, p. 44; DE SMET, no. 428, p. 369; F. X. WERNZ - P. VIDAL. Ius canonicum ad Codicis normam exactum, Tom. V, Ius Matrimoniale, Ed. 3a, Romae, 1946, no. 75, p. 98: „Quae poenae nunquam extendi possunt, ut matrimonium nonnisi a tempore registrationis civilis in foro saeculari habeatur valide atque licite celebratum”.

²⁹ WERNZ-VIDAL, Tom. V, no. 62, p. 84; VAN WELIE, no. 31, p. 51.

voorwaarden ter vervulling kan voorschrijven op straffe, dat bij niet-inachtneming daarvan de zuiver burgerlijke gevolgen aan het huwelijk niet zullen worden toegekend.³⁰ Doch dergelijke burgerlijke voorschriften worden verbiedende beletselen in oneigenlijke zin genoemd.³¹

De staat heeft een concurrerende macht met die van de Kerk wat betreft de aangelegenheden „mixti fori”.³² Hier geldt de regel „qui prior est tempore, potior est jure”.³³ Zo kan de staat huwelijksmisdrijven, die zowel met de kerkelijke huwelijkswetten strijden als de staatsorde schenden, zoals abortus, overspel, bigamie, beoordelen en terzake van het plegen van dergelijke delicten straffen opleggen.

Tot heden spraken we uitsluitend over het huwelijk tussen twee gedoopten. Een korte beschouwing moge volgen over het huwelijk tussen twee ongedoopten en dat tussen een gedoopte en een ongedoopte partij. In ieder geval komt het de Kerk toe het Goddelijk recht (het stellig Goddelijk recht en het natuurrecht) op authentieke wijze te interpreteren. Zo heeft de Kerk uit te maken, wanneer volgens Goddelijk recht een huwelijk ongeoorloofd of ongeldig is.³⁴

Algemene leer is,³⁵ dat, wat het huwelijk van twee niet-gedoopten (het z.g. niet-Christelijk huwelijk) betreft, de staat een uitsluitend recht heeft op regeling behoudens de beperking, dat de staat de kerkelijke uitleg van het Goddelijk recht heeft te aanvaarden.

Met betrekking tot het half-Christelijk huwelijk (slechts één van partijen is gedoopt) zijn de meningen verdeeld.

Volgens een niet-onbelangrijke groep canonisten³⁶ - de meesten, zegt Mulder³⁷ - is uitsluitend de Kerk bevoegd tot regeling van dit huwelijk en zijn de bepalingen van de burgerlijke wet voor de beoordeling van de geldigheid³⁸ van het huwelijk van geen belang.

Anderen - als Gasparri, Mulder, Onclin, van Welie - onderscheiden naar vormbepalingen en beletselen. Zij leren dat het half-Christelijk huwelijk in de canonieke vorm moet worden gesloten, als het canoniek recht zulks bepaalt. In canon 1099, § 1, 2° is zulks geschied ten opzichte van het huwelijk tussen een ongedoopte en een Katholiek (d.w.z. iemand, die in de Katholieke Kerk is gedoopt of tot deze is overgegaan). Niet echter ten aanzien van het huwelijk tussen een ongedoopte en een buiten de Katholieke

³⁰ Zie hierover GASPARRI, Vol. I, no. 236, p. 143; DE SMET, no. 427, p. 368; Dr J. LINNEBORN, *Grundriss des Eherechts nach dem Codex Iuris Canonici*, Paderborn, 1919, p. 32-33, VAN WELIE, no. 32, p. 53, VLAMING, *Praelectiones*, ed. 3a, no. 47, p. 56.

³¹ GASPARRI, Vol. I, no. 236, p. 143, noot 2.

³² DE SMET, no. 427, p. 368.

³³ VAN WELIE, no. 31, p. 50.

³⁴ Canon 1038, § 1.

³⁵ CONTE A CORONATA, no. 39, p. 44, „doctrina communis et certa”.

³⁶ Vgl. DE SMET, no. 438, p. 379.

³⁷ Dr W. MULDER, *Ontwikkeling van het huwelijksrecht na den Codex*, in: *Nederlandsche Katholieke Stemmen*, 37e jaargang, Zwolle, 1937, p. 182.

³⁸ Hierover bestaat geen verschil van inzicht, dat alléén de Kerk de (on)geldigheid van het half-Christelijk huwelijk heeft te beoordelen. Vgl. *Instructio servanda a tribunalibus dioecesanis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum*, die 15 Augusti 1936, artikel 1, § 1.

Kerk gedoopte, die nooit tot de Kerk is overgegaan. Dit huwelijk moet dan in de burgerlijke vorm worden gesloten.³⁹

Tot regeling der beletselen achten zij niet de Kerk uitsluitend bevoegd: voor de ongedoopte partij gelden de burgerlijke, voor de gedoopte de canonieke bepalingen.⁴⁰

Het lijkt ons inderdaad juist, dat in beginsel de gedoopte aan het canoniek recht, de ongedoopte aan de burgerlijke wet gebonden is. In één opzicht zal echter het recht van de staat moeten wijken voor het kerkrecht. Indien n.l. de Kerk voor de geldigheid van het half-Christelijk huwelijk de canonieke vorm ter inachtneming heeft voorgeschreven, zal het huwelijk geldig voltrokken worden door het inacht nemen van de kerkelijke vorm alléén (zoals in het geval van canon 1099, § 1, 2°). Wel is Oesterle⁴¹ van oordeel, dat voor de geldigheid van dat half-Christelijk huwelijk óók de burgerlijke vormbepalingen zullen moeten worden nagekomen, doch deze stelling lijkt ons niet wel houdbaar. Dit heeft Van Welie overtuigend aangetoond in zijn „Hoofdstukken van canoniek huwelijksrecht”: het huwelijk kan slechts in één ogenblik tot stand komen, hetzij in de burgerlijke, hetzij in de kerkelijke vorm. Beide vormen kunnen niet tegelijk worden onderhouden. En al zijn Kerk en staat met betrekking tot het half-Christelijk huwelijk beiden bevoegd - de Kerk t.o.v. de gedoopte, de staat t.o.v. de ongedoopte partij - om de vorm vast te stellen, de staat zal in casu zijn bevoegdheid niet kunnen uitoefenen, omdat de Kerk een hogere gemeenschap is dan de staat, haar doel van hogere waarde is.⁴²

Wat echter de beletselen betreft zijn Kerk en staat soeverein op eigen „gebied”, d.w.z. de kerkelijke wet geldt ten opzichte van de gedoopte, de burgerlijke beletselen maken de ongedoopte onbekwaam tot het aangaan van een huwelijk óók met een gedoopte. Zo zal een huwelijk aangegaan tussen een ongedoopte, die burgerlijk niet bekwaam is, en een gedoopte, die kerkelijk wél met de betrokken ongedoopte kan trouwen - dispensatie in het beletsel van ongelijkheid van eredienst, voor zover nodig, wordt verondersteld - ook „in foro ecclesiastico” ongeldig zijn; en dit onverschillig, of de ongedoopte partij burgerlijk onbekwaam is wegens het aanwezig zijn van een absoluut beletsel (leeftijd) of een relatief beletsel (verwantschap). Zou dus de ongedoopte partij de burgerlijk gevorderde leeftijd niet hebben bereikt en die door het canoniek recht wordt vereist wél, dan is het huwelijk ongeldig. Dit zal ook het geval zijn, als de burgerlijke wet zich tegen het huwelijk verzet wegens een te nauwe graad van bloedverwantschap, die de kerkelijke wet niet als beletsel kent. Aan de andere kant zal het huwelijk tussen een Katholiek en een ongedoopte, indien in het beletsel van verschil van eredienst niet is ge-

³⁹ Vgl. VAN WELIE, no. 38, p. 65; MULDER, N. K. Stemmen, 1937, p. 182.

⁴⁰ VAN WELIE, no. 38, p. 64 vlg.; ONCLIN, Eph. theol. Lovanienses X, 1933, p. 47 vlg.; MULDER, N. K. Stemmen, 1937, p. 182; GASPARRI, Vol. I, no. 256, p. 160 vlg.

⁴¹ Commentarium pro Religiosis, XVII, 1936, p. 157 vlg. en 257 vlg. (aangehaald door MULDER, N. K. Stemmen, 1937, p. 182, noot 6).

⁴² VAN WELIE, no. 38, p. 65.

dispenseerd of als er canoniekrechtelijk te nauwe verwantschap is, ongeldig zijn, al zou er volgens het burgerlijk recht geen beletsel aanwezig zijn.

In de genoemde gevallen is een van partijen onbekwaam en kan er derhalve geen geldig huwelijk tot stand komen: „matrimonialis contractus non potest claudicare”.

Uit het voorgaande mag niet worden geconcludeerd, dat de Kerk ieder burgerlijk beletsel met betrekking tot de ongedoopte erkent, zo min als de Kerk met betrekking tot de ongedoopte partij uitsluitend de beletselen van de burgerlijke wet voor de beoordeling van de geldigheid van het huwelijk - voor zover het de ongedoopte partij(en) betreft - van toepassing acht.

Voor allen - gedoopt of ongedoopt - geldt toch het natuurrecht, ook al heeft de staat er zich in zijn wetgeving van gedistancieerd. Zo zal een burgerlijk beletsel, dat strijdt met het natuurrecht, de geldige totstandkoming van een huwelijk niet kunnen beletten; aan de andere kant zal voor ieder - ook de ongedoopte - een beletsel van natuurrechtelijke aard een belemmering zijn voor de voltrekking van een geldig huwelijk, ook al mist men in de burgerlijke wet dit beletsel. Wanneer dus de ongedoopte blijvend en zeker impotent is - en dit reeds vóór het huwelijk was - dan zal, al kent het voor hem geldend burgerlijk recht impotentie als beletsel niet, het huwelijk toch nietig zijn, onverschillig of het een half-Christelijk of een niet-Christelijk huwelijk betreft. Zo zijn met betrekking tot de ongedoopte partij ook van toepassing de voorschriften van de natuurwet, die simulatie ten aanzien van het wezen van het huwelijk tot een grond van nietigheid stempelen.

HOOFDSTUK II.

DUALITEIT VAN HUWELIJSREGELING EN HAAR GEVOLGEN.

§ 1. INLEIDING; NIETIGHEID VAN RECHTSWEGE EN VERNIETIGBAARHEID.

In beginsel zal de Katholiek op grond van zijn geloofsovertuiging iedere bemoeienis van de staat met het huwelijk tussen gedoopten afwijzen; als principe geldt toch voor hem: de Katholieke Kerk heeft een eigen en uitsluitend recht dienaangaande.

Praktische bezwaren heeft men van Katholieke zijde tegen de dubbele huwelijkswetgeving, tegen de dualiteit van regeling, omdat nu eens een burgerlijk huwelijk wel kan worden aangegaan, doch een kerkelijk niet (of het burgerlijk reeds gesloten huwelijk geldig is, het kerkelijk daarentegen nietig), dan weer het omgekeerde zich voordoet. Het is van belang de betekenis en omvang van dergelijke gevolgen der dualiteit nader te onderzoeken. Dit onderzoek komt neer op een vergelijkende beschouwing van de burgerlijke en canonieke huwelijksvereisten en mogelijkheden van ontbinding.

Naar canonieke beschouwing worden de vereisten, waaraan moet worden voldaan, willen partijen een huwelijk (geldig) kunnen of (geoorloofd) mogen aangaan, onderscheiden in vereisten, die de bekwaamheid van personen, de toestemming en de vorm van de toestemming betreffen. Worden een of meer der condities dienaangaande niet vervuld, dan spreekt men van de aanwezigheid van een of meer beletselen, „impedimenta”. Het begrip beletselen wordt dan in ruime zin genomen en toegepast op alle omstandigheden, die verhinderen, dat een huwelijk geldig of geoorloofd wordt gesloten.¹ Sedert de Codex Iuris Canonici is het echter algemeen gebruikelijk „impedimenta” te reserveren voor omstandigheden, die alleen direct de persoon van partijen raken, haar bekwaamheid. Dit zijn dan de „impedimenta” in strikte zin.

Burgerrechtelijk onderscheidt men: 1°. de hoedanigheden en voorwaarden, die vereist worden om een huwelijk te kunnen aangaan;² 2°. de formaliteiten, welke de voltrekking van een huwelijk moeten voorafgaan,³ en die, welke bij de voltrekking van het huwelijk zelf in acht genomen moeten worden.⁴

¹ Vgl. CONTE A CORONATA, no 115, 134-135

² B.W., 1e Boek, 5e Titel, 1e Afdeling

³ B.W., 1e Boek, 5e Titel, 2e Afdeling.

⁴ B.W., 1e Boek, 5e Titel, 4e Afdeling

Een vergelijkende bespreking van de canonieke en burgerlijke vormvereisten blijft in onze beschouwing achterwege, en wel omdat deze geheel van elkaar verschillen „celebration religieuse” en „célébration laïque”. Wel moet worden bedacht, dat, waar de Katholiken om voor Kerk en staat getrouwd te zijn, zowel kerkelijk als burgerlijk moeten huwen, de mogelijkheid van

Positief spreekt men van inwendige, materiële, subjectieve, resp. uitwendige, formele, objectieve vereisten; negatief van huwelijksbeletselen, resp. vormgebreken. De beletselen betreffen dan èn de persoon van partijen (bekwaamheid) èn hun toestemming tot het huwelijk, alsmede eventueel de toestemming van derden. Het civiele begrip „beletsel” is dus ruimer dan het canonieke in strikte zin, omdat ook alles wat de toestemming betreft ertoe wordt gerekend.

De huwelijksvereisten gelden voor de canonieke en burgerlijke wetgever niet alle even zwaar. Wordt een huwelijk voltrokken, terwijl niet aan een of meer condities is voldaan, dan heeft zulks voor wat sommige bepaalde vereisten aangaat de nietigheid (burgerrechtelijk liever: de vernietigbaarheid) van het huwelijk tot gevolg; voor wat andere bepaalde condities betreft kan men op het niet vervuld zijn er van evenwel nimmer de nietigheid van het huwelijk gronden. De wetgever wil uiteraard, dat al zijn voorschriften worden nagekomen, ook die, welke door hemzelf blijkbaar minder belangrijk geoordeeld worden. Maar hij heeft zich er toe beperkt aangaande die minder belangrijke voorwaarden aan partijen een huwelijksverbod - aan de assisterende functionaris een assistentieverbod - op te leggen, zonder dat overtreding van het verbod het huwelijk in zijn wezen raakt. In dit verband onderscheidt het canoniek recht de beletselen in „*impedimenta dirimentia*”, die het geldig tot stand komen van een huwelijk verhinderen, en „*impedimenta impedientia*”, die het sluiten van een huwelijk slechts ongeoorloofd maken. In navolging van de canonieke literatuur spreekt ook de burgerlijke van ongeldigmakende en verbiedende beletselen. Maar dan moet worden bedacht, dat van ongeldigmakende beletselen in eigenlijke zin naar burgerlijk recht niet kan worden gesproken, omdat het burgerlijk recht anders dan het canonieke volstrekte nietigheid (nietigheid „*ab initio*”, „*ipso iure*”, van rechtswege) niet kent, doch slechts vernietigbaarheid.

Hier valt een belangrijk verschil tussen het canoniek en burgerlijk huwelijksrecht te noteren. Een kerkelijk huwelijk, dat ondanks het aanwezig zijn van een ongeldigmakend beletsel (in ruime zin) wordt gesloten, is „*nullum*”, absoluut nietig; het heeft nooit bestaan.⁵ Het is daarom ook minder exact om te spreken van „*impedimenta dirimentia*”, omdat daardoor de indruk wordt gewekt, als zou een tot stand gekomen huwelijk vernietigd worden.⁶ Dit kan echter de betekenis van de ook door de kerkelijke wetgever gebezigde terminologie⁷ niet zijn. Het huwelijk is immers uiteraard niet voor vernietiging vat-

conflicten bestaat. Wordt immers een kerkelijk voorschrift van formele aard (op straffe van nietigheid van het huwelijk na te komen) niet in acht genomen, dan kan kerkelijk worden „hertrouwd” ook met een ander dan de eerste „echtgenoot”. Is men tevens ook burgerlijk gehuwd en is het burgerlijk huwelijk onbetwistbaar geldig, dan is een burgerlijk „hertrouwen” met de tweede kerkelijke echtgenoot niet mogelijk (tenzij natuurlijk ontbinding van het eerste burgerlijk huwelijk wordt verkregen).

⁵ Vgl. canon 1036, § 2.

⁶ CONTE A CORONATA, no 117, p. 137; LEITNER, p. 91, noot 2.

⁷ Canon 1036, § 2, opschrift C I C, Lib. III, Cap. IV: „*De impedimentis dirimentibus*”.

baar.⁸ Vandaar, dat canon 1036, § 2 zegt, dat een „impedimentum dirimens . . . impedit quominus valide contrahatur”. Ter vermijding van misverstand spreekt Leitner liever van „impedimenta irritantia”.⁹ De nietigverklaring van een canoniek huwelijk door de kerkelijke rechter heeft dan ook slechts declaratoire betekenis; de rechter constateert slechts het niet-bestaan van een geldig huwelijk.¹⁰

De beletselen van het burgerlijk recht hebben echter wezenlijk een geheel andere waarde. Elk in de burgerlijke vorm gesloten huwelijk geldt rechtens, is een huwelijk vanaf het moment van de sluiting, totdat het eventueel door de burgerlijke rechter wordt „vernietigd”. De burgerlijke wetgever heeft van nietigheid van rechtswege, zonder rechterlijk vonnis, niet willen weten. Hij heeft immers de conceptie (ontwerp 1820) der twee soorten nulliteiten - de volstreckte, van rechtswege bestaande, en de betrekkelijke, afhankelijk van een rechterlijk vonnis¹¹ - opzettelijk niet overgenomen, doch heeft de nietigheid altijd¹² van een rechterlijke uitspraak afhankelijk gesteld.¹³

Met de canonieke opvatting omtrent het wezen van het beletsel hangt samen, dat er geen termijnen zijn gesteld, na verloop van welke de tussenkomst van de kerkelijke rechter niet meer kan worden ingeroepen om uitspraak te doen, of het huwelijk rechtens bestaat of nietig is.¹⁴ Burgerrechtelijk kan echter het recht om het huwelijk door de rechter te doen vernietigen worden „verwerkt”. Er zijn fatale termijnen vastgesteld, door het verloop waarvan het huwelijk een absolute geldigheid verkrijgt.¹⁵ In de loop van dit hoofdstuk zullen wij nog gelegenheid vinden aan te geven tot welke controversen tussen burgerlijk en canoniek huwelijk dit verschil leidt.

⁸ DR F A M VAN WELIE, Hoofdstuk IV, De beletselen, no. 61, p. 2-3, gestencild dictaat, van welk dictaat wij met toestemming van de auteur bij onze beschrijving van de canonieke beletselen een dankbaar gebruik hebben gemaakt

⁹ LEITNER, p 91

¹⁰ Toch mag men blijkens canon 1069, § 2 niet „zonder meer” een beroep op de nietigheid doen om een tweede huwelijk aan te gaan. Zie voor de eisen, welke de codexwetgever stelt, als men een volgend huwelijk wil aangaan, terwijl het eerste huwelijk nietig is, de genoemde canon. Vgl. hierna p 187, vooral noot 148

¹¹ VOORDUIN, IIe deel, p 245-246, TRONCHET. „Jamais le mariage n'est nul de plein droit, il y a toujours une apparence qu'il faut détruire” (FENET, Tome IX, p 53)

¹² Voorzover het althans betreft een door man en vrouw in de wettelijke vorm voltrokken huwelijk. Zo is ipso iure nietig het voor de geestelijke gesloten huwelijk, echter weer niet, als het huwelijk in het buitenland wordt gesloten en de kerkelijke sluiting daar gebruikelijk is in de zin van artikel 138 B.W. Ook wanneer twee personen van hetzelfde geslacht een huwelijk sluiten is volgens SCHOLTEN (1e deel, p 94) geen nietigverklaring nodig, evenmin in het geval, dat het huwelijk bij gemachtigde wordt gesloten en de lastgever vóór de sluiting is overleden. Zie ook artikel 134, 2e lid B.W.

¹³ Artikel 140 B.W. Aldus ook de rechtspraak Hof Amsterdam 17 December 1929, N.J. 1930, p 1004, Hof 's-Gravenhage 29 November 1934, N.J. 1935, p 402, Rb Rotterdam 13 Mei 1948, N.J. 1948 no. 657, Rb Amsterdam 21 April 1949, N.J. 1949, no 663. Zie ook Rb Amsterdam 6 November 1941, N.J. 1942 no 183, die zeer ver ging hoewel een te Parijs door een Nederlandse Jodin met een Poolse Jood gesloten huwelijk niet is voltrokken in de burgerlijke, d i de in Frankrijk gebruikelijke vorm (artikel 138 B.W.), doch voor de rabbi, toch is het huwelijk niet van rechtswege nietig, doch slechts vernietigbaar. Rb Rotterdam 28 Mei 1934, N.J. 1935, p 842, achtte evenwel een gesimuleerd huwelijk volstrekt nietig.

¹⁴ Het canoniek recht kent wel de beperking van de mogelijkheid om nietigverklaring te vragen, doch niet een aan tijd gebonden beperking. Vgl. canon 1971

¹⁵ Zie artikel 142, 3e lid, artikel 143, 2e lid, artikel 144, 2e lid, 1°, artikel 146, 2e lid.

Is er sprake van een z.g. putatief huwelijk,¹⁶ dan is er canoniekrechtelijk geen geldige huwelijksband ontstaan en zal de op de huwelijksluiting gevolgde samenleving objectief ongeoorloofd zijn. Toch worden aan dit vermeende huwelijk ten opzichte van de echtgeno(o)t(en), die te goeder trouw zijn (is) en ten opzichte van de kinderen nagenoeg alle gevolgen van een wettig huwelijk toegekend.¹⁷ De uit het huwelijk gesproten kinderen zijn wettig (canon 1114); de eventuele vóórkinderen worden door het vermeende huwelijk der ouders gewettigd (canon 1116). Het huwelijk heeft echter niet langer de gevolgen van een wettig huwelijk, zodra beide partijen zekerheid hebben verkregen, dat zij een nietig huwelijk hebben gesloten (canon 1015, §4). De sedert het verkrijgen van die zekerheid verwekte kinderen zijn onwettig (canones 1114 en 1015, § 4).

Is het huwelijk door beide partijen te kwader trouw aangegaan (wisten zij dus, dat zij een nietig huwelijk sloten) dan komt er canoniekrechtelijk niet alleen geen geldig huwelijk tot stand, doch dit zogenaamde huwelijk mist zonder meer (d.w.z. zonder een uitspraak van de rechter) ieder gevolg van een geldig huwelijk.

Burgerrechtelijk ontstaat er evenwel altijd - onverschillig, of beide partijen of één van hen te kwader of te goeder trouw waren - een geldig huwelijk, dat geldig blijft, totdat de rechter het heeft vernietigd. Wordt er dus nimmer een nietigheidsactie ingesteld, of wordt het recht om een dergelijke vordering in te stellen verwerkt, dan blijft dat huwelijk van kracht, ook al werd het door beide partijen te kwader trouw aangegaan. Ten gevolge van de huwelijksluiting ontstaan alle rechten en plichten aan het huwelijk verbonden. Naar burgerlijk recht is de vraag, of het huwelijk te goeder trouw of te kwader trouw werd aangegaan, eerst van belang, wanneer de nietigheid wordt gevorderd. Tot het nietigverklarend vonnis is er in alle gevallen een geldig huwelijk.

Wordt de nietigheid uitgesproken van een door beide echtgenoten te kwader trouw aangegaan huwelijk, dan werkt de nietigheid altijd terug zowel ten opzichte van de partijen als ten opzichte van de kinderen. Het huwelijk, dat enige tijd, d.i. tot het vonnis, als wettig gold, wordt geacht nooit geldig te zijn geweest. De kinderen verliezen derhalve hun status van wettigheid.

In geval een door beide partijen te goeder trouw aangegaan huwelijk wordt nietig verklaard, heeft het huwelijk ondanks de nietigheid alle burgerlijke gevolgen zowel ten opzichte van de echtgenoten als ten opzichte van de kinderen (artikel 150 B.W.).^{17a} Het huwelijk houdt eerst op burgerlijke gevolgen te hebben te rekenen van de dag der nietigverklaring (artikel 152 B.W.).

¹⁶ Voor het canoniek recht zie canon 1015, § 4: indien het huwelijk, hoewel objectief nietig, door minstens één van partijen te goeder trouw wordt aangegaan, zie VAN WELIE, no. 26, p. 36. Voor het burgerlijk recht zie de artikelen 150-152 B.W.

¹⁷ VAN WELIE, no. 26, p. 36.

^{17a} Vgl. POTHIER, no. 437: „Comment, direz-vous, ce mariage qui est nul, peut-il donner ces droits aux enfants qui en sont nés? car *quod nullum est, nullum prodest effectum*. La réponse est, que si ce mariage, en tant qu'il est considéré comme nul, ne peut pas les leur donner, la bonne foi des parties qui l'ont contracté, les leur donne, en suppléant à cet égard au vice du mariage.”.

Tot op die dag wordt het huwelijk, hoewel nietig verklaard, als een geldig huwelijk beschouwd.

Was slechts een der partijen bij de sluiting van het huwelijk te goeder trouw, dan heeft het huwelijk, ingeval het nietig wordt verklaard, slechts burgerlijke gevolgen ten voordele van de echtgenoot, die te goeder trouw was, en ten voordele van de kinderen (artikel 151 B.W.). Vanaf de dag der nietigverklaring houdt het huwelijk ook te hunnen opzichte op burgerlijke gevolgen te hebben.

Burgerrechtelijk is van geen belang, of partijen wellicht reeds betrekkelijk kort na de voltrekking van het huwelijk de zekerheid hebben verkregen, dat zij een nietig huwelijk sloten; het huwelijk blijft de gevolgen van een geldig huwelijk produceren, totdat het vernietigd wordt door de rechter. De ook na het verkrijgen van die zekerheid verwekte kinderen behouden de status van wettigheid, al wordt later de nietigheid van het huwelijk uitgesproken.

§ 2. HUWELIJKSTOESTEMMING.

Voor de totstandkoming van een overeenkomst is wezenlijk de toestemming van contracterende partijen vereist. Ook voor de huwelijksovereenkomst wordt deze van nature en naar positief recht gevorderd. Bepaalt de Codex, dat de consensus het huwelijk formeert,¹⁸ ook burgerrechtelijk is de toestemming een wezensbestanddeel van, de eerste eis voor het huwelijk.¹⁹ Die toestemming is onvervangbaar: expliciet zegt dit het canoniek recht;²⁰ dezelfde gedachte ligt impliciet in het B.W. besloten.²¹ Zij moet persoonlijk zijn. Wel is de huwelijksluiting „per procuratorem”,²² „met de handschoen”,²³ mogelijk en behoeven dus partijen niet in persoon bij de voltrekking aanwezig te zijn, doch anders dan bij de gewone overeenkomsten is zij persoonlijk in die zin, dat de wil van de wettelijke vertegenwoordiger, ouder, voogd of curator, de minderjarige of curandus niet bindt. Volgens beide rechtstelsels moet de toestemming uitdrukkelijk zijn: zij moet uitdrukkelijk uitwendig worden afgelegd om de wil tot trouwen kenbaar te maken²⁴ en wel primair mondeling, al kan men van instemmende wil, indien mondelinge toestemming niet kan worden gegeven (doofstomme), op andere verstaanbare wijze door geschrift of tekens doen blijken.²⁵ Nog wordt, wat de vorm van de toestemming betreft, gevorderd, dat partijen hun verklaringen - volgens het burgerlijk recht steeds, volgens het canoniek recht in de regel - ten overstaan van de burgerlijke of ker-

¹⁸ Canon 1081, § 1.

¹⁹ Artikel 85 B.W.

²⁰ Canon 1081, § 1 „(consensus) qui nulla humana potestate suppleri valet”.

²¹ Vgl. artikelen 85, 133 en 135 B.W.

²² Canones 1088-1089

²³ Artikel 134 B.W. De reden, waarom de Nederlandse wetgever de mogelijkheid van huwelijksluiting door een gemachtigde opnam, is hierin gelegen, dat anders degenen, die in de kolonien verbleven tot celibaat verplicht waren. Zie VOORDUIN, IIe deel, p. 238-239.

²⁴ Artikel 135 B.W., canon 1088, § 2, Vgl. DE SMET, no 102, p. 84.

²⁵ Canon 1088, § 2, artikel 135 B.W. Vgl. ASSER-SCHOLTEN, Ie deel, p. 47

kelijke functionaris, gelijktijdig, onmiddellijk na elkaar²⁶ afleggen.²⁷

Voor de geldigheid van de toestemming en daardoor ook van het huwelijk wordt zowel canoniekrechtelijk als burgerrechtelijk gevorderd, dat zij vrij is van bepaalde defecten.

Zoals iedere wilsdaad vooronderstelt ook de toestemming een intellectuele handeling: „*nihil volitum nisi praecognitum*”. Nu moeten volgens beide rechtstelsels bepaalde defecten zowel „*ex parte intellectus*” als „*ex parte voluntatis*” ontbreken, wil er een geldig huwelijk tot stand kunnen komen. Gelijk we zagen, moeten partijen van hun huwelijkswil uitwendig doen blijken, zodat met betrekking tot de toestemming in het huwelijk, wat de wil betreft, te onderscheiden zijn: een inwendige toestemming (de eigenlijke wil, „*internus animi consensus*”, zegt canon 1086, § 1) en een uitwendige toestemming (de verklaring van de wil).²⁸ Zo kan de huwelijks-toestemming (op zich beschouwd), als een openbaring van de - een verstandsdaad vooronderstellende - wil om te huwen, door drieërlei defecten zijn gevitueerd. Zij kunnen n.l. betreffen het verstand, de inwendige toestemming en de openbaring van de wil.

Canoniek en burgerlijk recht eisen, dat partijen bij de sluiting van het huwelijk over het gebruik van het verstand beschikken, dat zij voldoende kennis hebben van het huwelijk (d.w.z. een bepaalde minimale expliciete kennis) en dat zij bij de voltrekking van het huwelijk niet hebben gedwaald.

Hebben partijen onder dwang gehandeld - hetzij uitwendig toegestemd onder invloed van fysieke dwang (defect aan de verklaring van de wil), hetzij onder invloed van morele dwang (uit vrees; defect aan de inwendige toestemming) - dan is de toestemming wezenlijk aangetast.

Stemmen canoniek recht en burgerlijk recht wat het voorgaande betreft al niet geheel met elkaar overeen, er zijn nog andere verschillen. Anders dan het burgerlijk recht - zoals het in concreto toepassing vindt en door de schrijvers verklaard wordt althans - vordert het canoniek recht in overeenstemming met wat het natuurrecht voorschrijft, dat aan de uitwendig geldige rechtshandeling (de op het wezen van het huwelijk gerichte wilsverklaring) een inwendige toestemming in het wezen van het huwelijk, zoals het door God, Schepper van de natuur, van eeuwigheid naar zijn wezen en essentiële eigenschappen is bepaald, beantwoordt; of negatief, dat simulatie in eigenlijke zin afwezig is. Doch - zelfs al is de wil, de inwendige toestemming, op het wezen van het huwelijk gericht - ook uitwendig moeten partijen in het wezen van het huwelijk, zoals door God van eeuwigheid bepaald, toestemmen; of negatief: aan hun wilsverklaring mogen geen condities zijn toegevoegd, die ingaan tegen het wezen van het huwelijk.²⁹

²⁶ Canon 1088, § 1 „*inter praesentes*”, artikel 135 BW.

²⁷ Canon 1094 (zie echter canones 1098 en 1099), artikel 44 BW

²⁸ Vgl. VAN WELIE, nos 39 vlg., p. 68 vlg. (zie no 39, p. 68), no 42, p. 71, no 51, p. 83, no 54, p. 87 vlg. en no 62, p. 99. De canones 1086 en 1087 betreffen de inwendige toestemming, de canones 1088 vlg. de uitwendige toestemming, de openbaring van de huwelijks-wil.

²⁹ Vgl. VAN WELIE, no 62, p. 99.

Achtereenvolgens spreken we over: I. Defecten in het verstand: ontbreken van het gebruik van het verstand, ontbreken van voldoende kennis van het huwelijk en dwaling; II. Defecten in de wil en wilsverklaring: vrees en dwang, simulatie en vitiërende voorwaarde.

Weliswaar vinden simulatie en vitiërende voorwaarde gezamenlijke behandeling wegens het nauwe verband, dat tussen beide bestaat,³⁰ doch het verschil tussen beide - simulatie vitiëert de toestemming wegens een gebrek in de wil, vitiërende voorwaarde wegens een gebrek in de wilsverklaring - moet wel in het oog worden gehouden.

I. DEFECTEN IN HET VERSTAND.

1. Ontbreken van het gebruik van het verstand.

De geldigheid van de toestemming en daardoor ook die van het huwelijk ontbreekt, - of naar burgerlijke beschouwing liever: de mogelijkheid van vernietiging van het huwelijk is aanwezig - wanneer de toestemming wordt gegeven door iemand, die op het moment der huwelijksluiting het gebruik van de rede mist.³¹ Het is overigens de vraag, of dan nog wel van het geven van een - zij het gebrekkige - toestemming kan worden gesproken. Voor de toestemming toch wordt door het recht vereist een wilsdaad van een persoon, die beschikt over de contrôle van het verstand. En dit is bij een krankzinnige³² niet het geval.

Wordt door niemand betwijfeld, dat naar canoniek recht de krankzinnige een geldig huwelijk niet kan sluiten, volgens het B.W. vormt, naar sommigen oordelen, krankzinnigheid geen grond voor „nietigheid”. Eerst dan achten dezen de mogelijkheid tot vernietiging van het huwelijk van de krankzinnige aanwezig, wanneer hij uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele is gesteld.³³ En dan is nog eigenlijk niet het intellectuele defect, doch de daarop gegronde ondercuratelestelling de grond der nietigheid. Men noemt het wel onzinnig en ongerijmd,³⁴ dat de geldigheid van het huwelijk

³⁰ Sommige canonieke auteurs nemen geen onderscheid aan tussen gesimuleerde en voorwaardelijke toestemming (voorzover de voorwaarde tegen het wezen van het huwelijk ingaat). Anders echter VAN WELIE, wiens mening wij volgen. Waar de kerkelijke wetgever simulatie en vitiërende voorwaarde afzonderlijk behandelt (canon 1086 en canon 1092), simulatie bij de voorschriften betreffende de inwendige toestemming, vitiërende voorwaarde bij de uitwendige toestemming, moet er om wel van worden uitgegaan, dat de codexwetgever inderdaad wel een onderscheid heeft bedoeld. Anders zou toch canon 1092, 2° overbodig geoordeeld moeten worden, als reeds onder canon 1086 begrepen, welke luxe van wetgeving niet a priori moet worden aangenomen, als een alleszins redelijke verklaring voor de afzonderlijke behandeling kan worden gegeven. Wel moet worden toegegeven, dat het eigenlijk inconsequent is van de codexwetgever, dat hij fysieke dwang (die op de wilsverklaring betrekking heeft) tezamen met vrees (betrekking hebbend op de inwendige toestemming) behandelt bij de voorschriften over de wil (canon 1087, § 1).

³¹ Zie voor de onderscheiding der geestelijk gebrekkigen canon 2201 en de uiteenzetting bij VAN WELIE, no 43, p 73 te onderscheiden zijn *actu amentes*, *habitu amentes* (en *dementes*) en *debiles mente*.

³² of de *actu amens* (b.v. de gehyponotiseerde).

³³ Artikel 143 B.W.

³⁴ OPZOOMER, 1e deel, p. 178.

van de krankzinnige, die niet onder curatele staat, door niemand kan worden betwist. Maar de onbetwistbaarheid van het huwelijk van die krankzinnige moet, zo wordt gemeend, worden aanvaard op grond van de wettelijke bepalingen, het systeem van het B.W.³⁵ Dit is, zo wil het ons voorkomen, ook de consequentie van een vrij recente beslissing van het Amsterdamse Hof: de geestelijke toestand van partijen bij het sluiten van het huwelijk raakt de nietigheid daarvan slechts, wanneer zij uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele zijn gesteld.³⁶

Volgens Opzoomer, Diephuis, Star Busmann en blijkbaar ook het Hof van Amsterdam is het huwelijk van een krankzinnige, die niet onder curatele staat, onbetwistbaar geldig, omdat onder de h.i. limitatief in de wet opgesomde gronden van vernietigbaarheid krankzinnigheid niet is genoemd, terwijl zij verder de mogelijkheid van nietigheid van rechtswege verwerpen. Land³⁷ meende de moeilijkheid, dat krankzinnigheid niet als nietigheidsgrond is genoemd, te kunnen omzeilen door bij algeheel ontbreken der toestemming, zoals bij krankzinnigheid, het niet-bestaan van het huwelijk aan te nemen. Het huwelijk van de krankzinnige zou dus ipso iure nietig zijn. Doch zoals we zagen,³⁸ kan naar burgerlijk recht de absolute nietigheid van een in de wettelijke vorm gesloten huwelijk niet worden aanvaard. Daarom kan het huwelijk van een krankzinnige juridisch niet worden genegeerd.³⁹ Moet men o.i. wel met Opzoomer meegaan door uitsluitend de vernietigbaarheid van een in de wettelijke vorm gesloten huwelijk te aanvaarden, zijn conclusie, dat het huwelijk van een krankzinnige onaantastbaar geldig is, gaat evenwel te ver. Inderdaad wordt krankzinnigheid niet met zoveel woorden als grond van nietigheid genoemd. Doch de wetgever heeft de mogelijkheid van betwisting van een huwelijk, gesloten door een krankzinnige, zeker niet willen uitsluiten. Zó oordeelt de rechtspraak, met uitzondering dan van het Amsterdamse Hof, en zó begrijpt ook Scholten de wet.⁴⁰ Door de rechtspraak en Scholten wordt in artikel 142 aan „vrije” toestemming de ruime uitleg van „geldige” toestemming gegeven, voor welke geldigheid o.m. is vereist, dat over het gebruik van de verstandelijke vermogens wordt beschikt. Ontbreken die vermogens, dan is er niet de door artikel 142 gevorderde vrijheid. Bij een dergelijke uitleg van de wet heeft men het ongetwijfeld niet

³⁵ Aldus OPZOOMER, 1e deel, p. 178, MR C. W. STAR BUSMANN bij MR N. K. F. LAND, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, Eerste deel, Boek I, Titel I-XIX en Rechtspersonen, 2e druk, herzien door MR C. W. STAR BUSMANN, Haarlem, 1914, p. 91-92, MR G. W. DIEPHUIS, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, 4e deel, 2e druk, Groningen, 1886, p. 123.

³⁶ 28 Juni 1950, N.J. 1950 no. 736.

³⁷ 1e deel, p. 91.

³⁸ Hiervóór p. 159.

³⁹ Volgens de rechtspraak is er ook een huwelijk tot stand gekomen, wanneer de vereiste toestemming tot het huwelijk heeft ontbroken, een dergelijk huwelijk is niet ipso iure nietig, doch slechts vernietigbaar. Rb. Breda 4 Februari 1949, N.J. 1949 no. 242, Rb. Amsterdam 21 April 1949, N.J. 1949 no. 663.

⁴⁰ ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p. 47, zie ook MR H. KINGMA BOLTJES, praeadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereeniging, 1949, Handelingen N.J.V., 29e jaargang, I, Zwolle, 1949, p. 102 vlg. en de daar in noot 12, p. 104, aangehaalde literatuur. Rechtspraak Rb. Amsterdam 4 Februari 1937, N.J. 1937 no. 269, Hof Amsterdam 13 Mei 1937, N.J. 1937 no. 583.

geringe voordeel, dat men de geschiedenis aan zijn zijde heeft. De wetsgeschiedenis leert immers, dat artikel 142, als uitwerking van het daarmee corresponderende artikel 85, ook doelt op krankzinnigheid. Het ontwerp van 1820 bevatte in artikel 122 een huwelijksverbod voor degenen, die wegens gebrek aan verstandelijke vermogens onbekwaam waren. Al werd het artikel in zijn voorgestelde redactie niet in de wet opgenomen, toch mag hieruit niet worden geconcludeerd, dat de wetgever het met de gedachte niet eens was. De opname bleef uitsluitend achterwege, omdat men behoefte gevoelde aan een redactie, welke voorzag in alle gevallen van gemis aan toestemming, het geval van krankzinnigheid daaronder begrepen.⁴¹

Doch ook, als aan „vrije” in artikel 142 B.W. de beperkte uitleg van „ongedwongen”⁴² moet worden gegeven, kan niet worden aangenomen, dat het huwelijk van een krankzinnige, die niet onder curatele staat, onbetwistbaar geldig is. De rechter zal de nietigheid van het door de krankzinnige gesloten huwelijk moeten uitspreken, omdat er in casu een huwelijk werd gesloten zonder de wezenlijk⁴³ gevorderde toestemming van beide partijen. Weliswaar bedreigt de wet het zonder toestemming gesloten huwelijk niet uitdrukkelijk met vernietigbaarheid. Doch de toestemming is, als eerste eis voor een huwelijk, daartoe zozeer noodzakelijk, dat het huwelijk, zonder toestemming van beide partijen gesloten, vernietigbaar moet worden geacht, ook zonder dat de wet het ontbreken der toestemming uitdrukkelijk als nietigheidsgrond noemt.⁴⁴ De vernietigbaarheid van een zonder toestemming aangegaan huwelijk wordt te zeer door het gezond verstand gevorderd, dan dat de wet haar met zoveel woorden behoeft te vermelden. En als volgens de wet reeds de „onvrijheid” van de toestemming het huwelijk in zijn onbetwistbare geldigheid raakt, zal dit dan niet a fortiori het geval zijn, wanneer er in het geheel geen toestemming is gegeven?

Is er dus overeenstemming tussen burgerlijk en canoniek recht in die zin, dat het huwelijk van een krankzinnige vernietigbaar (nietig) is, in tweeërlei opzicht is er echter verschil.

De krankzinnige kan volgens canoniek recht tijdens de z.g. „lucida intervalla” een geldig huwelijk aangaan, zij het dat de voltrekking van het huwelijk in het algemeen ongeoorloofd is.⁴⁵ Burgerrechtelijk is daartoe slechts bekwaam de krankzinnige, die niet uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele is gesteld. De geldigheid van het huwelijk van de krankzinnige, die niet onder curatele staat, kan slechts worden betwist, op die grond, dat hij op het ogenblik van de huwelijksluiting het gebruik der

⁴¹ VOORDUIN, IIe deel, p. 141-142. Evenzo, met gelijke uitlegging van de artikelen 146 en 180 Fr. C.c., de Franse schrijvers en rechtspraak.

⁴² OPZOOMER, Ie deel, p. 216.

⁴³ Artikel 85 B.W.

⁴⁴ In die zin: Rb. Amsterdam 21 April 1949, N.J. 1949 no. 663.

⁴⁵ DE SMET, no. 522 bis, p. 459; KNECHT, p. 540, GASPARRI, Vol. II, no. 785, p. 14, LEITNER, p. 97; LINNEBORN, p. 299.

Of de praemisse, waarvan in de tekst wordt uitgegaan (dat n.l. de krankzinnige voorbijgaand geestelijk gezond kan zijn) juist is, wordt hier, als een kwestie van medische aard, uiteraard in het midden gelaten. Vgl. VAN WELIE, no. 43, p. 74; CONTE A CORONATA, no. 440, p. 590.

rede miste. Tijdens de heldere ogenblikken heeft hij dat gebruik wel en kan hij dus „geldig” trouwen. Anders ligt de zaak met betrekking tot het huwelijk van de uit hoofde van gebrek aan verstandelijke vermogens onder curatele gestelde. Hoe helder hij tijdens de voltrekking ook was, toch moet de nietigheid, indien gevorderd, worden uitgesproken. De nietigverklaring kan immers worden gevraagd op grond van de curatele, die zolang ze duurt, als nietigheidsgrond blijft gelden. Of er tijdens de huwelijksluiting al dan niet gebrek aan verstandelijke vermogens bestond, is daarbij onverschillig. Hier ligt dus de mogelijkheid van een conflict tussen Kerk en staat.

Op de tweede plaats kan, ook al is het huwelijk zowel canoniekrechtelijk als burgerrechtelijk nietig (vernietigbaar), een conflict zich voordoen, als burgerrechtelijk het recht de nietigverklaring te vorderen is verwerkt. Het canoniek huwelijksrecht kent de verwerking van recht niet; de ongeldigverklaring kan steeds worden gevraagd; eenmaal ongeldig, blijft het huwelijk ongeldig, tenzij convalidatie mogelijk is en daardoor „herstel” van het huwelijk wordt bewerkstelligd. Burgerrechtelijk verliest men zijn betwistingsrecht in de gevallen van de artikelen 142, 3e en 143, 2e lid B.W.⁴⁶ Samenwoning gedurende enige maanden, sedert het defect in het verstand heeft opgehouden, bevestigt het aanvankelijk vernietigbaar huwelijk absoluut, d.w.z. ten opzichte van allen, die tot dusver de vernietiging van het huwelijk hadden kunnen vorderen. Kerkrechtelijk blijft echter de ongeldigheid voortbestaan uit kracht van een eis van natuurrecht.

2. Ontbreken van voldoende kennis.

Afgezien van enige positiefrechtelijke bepaling daaromtrent, geldt uit de aard van de zaak als eis voor de wettigheid van het huwelijk, dat beide partijen, althans impliciet en algemeen, weten, wat het huwelijk wezenlijk inhoudt. Men moet weten, wat men door het feit van de huwelijksluiting doet. Niet alleen is het zo, dat men niet kan willen als men door een geestelijk defect niet kan kennen, doch evenzeer geldt, dat niet gewild kan zijn wat men niet kent: „nihil volitum, nisi praecognitum”.

Door de kerkelijke wetgever wordt als minimale expliciete kennis vereist, dat partijen weten, dat het huwelijk een blijvende gemeenschap is tussen man en vrouw om kinderen voort te brengen.⁴⁷ Zonder deze kennis kan geen geldig huwelijk tot stand komen.

⁴⁶ Als men de nietigheid van het huwelijk van een krankzinnige, die niet onder curatele staat, op artikel 142, 1e lid (gemis aan vrije toestemming) moet gronden, zoals de rechtspraak blijkbaar wil, dan kan het recht tot betwisting der geldigheid volgens artikel 142, 3e lid worden verwerkt. Wordt nietigverklaring mogelijk geoordeeld op grond van het algeheel ontbreken van de toestemming, dan zal men om het betwistingsrecht nimmer - zie echter artikel 502 B.W. - kunnen verwerken. Dan zal men ook zonder beperking wat betreft de tijd de nietigverklaring van het huwelijk van de krankzinnige van artikel 143 B.W. kunnen vorderen, mits niet grond op de curatele, doch op de krankzinnigheid. Artikel 143 betekent dan, dat men de nietigverklaring op grond van de curatele slechts kan vragen, zolang de voorwaarden van artikel 143, 2e lid, niet zijn vervuld.

⁴⁷ Canon 1082, § 1 „Ut matrimonialis consensus haberi possit, necesse est ut contrahentes saltem non ignorent matrimonium esse societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos” Vgl. VAN WELIE, no. 44, p. 75

Al missen we in het B.W. een dergelijk expliciet uitgedrukt vereiste, toch wordt ook burgerrechtelijk gevorderd, dat de geestvermogens van de echtgenoten zodanig ontwikkeld zijn, dat „man en vrouw zich bewust zijn van de betekenis van het huwelijk en de daaruit voortvloeiende verplichtingen”.⁴⁸ Zulks ligt toch hierin besloten, dat tot het wezen van het huwelijk de toestemming van partijen nodig is. Als er geen kennis is, dan ook geen wilsbesluit en mitsdien een essentieel defecte of ontbrekende toestemming. Zou burgerrechtelijk de nietigheid gegrond moeten worden op artikel 142 B.W. - gemis aan „vrije” toestemming⁴⁹ -, dan zal men in de eis tot nietigverklaring niet ontvankelijk zijn, wanneer er een aanhoudende samenwoning gedurende de tijd van drie maanden heeft plaats gehad sedert dat de echtgenoot voldoende kennis heeft verkregen.⁵⁰ Die rechtsverwerking is er niet, als men aanneemt, dat er in het geheel geen toestemming wordt gegeven, als men de vereiste minimale kennis mist.

3. *Dwaling.*

Dwaling is vanouds een nietigheidsgrond. Naar burgerlijk recht vitieert slechts dwaling in de persoon⁵¹ de geldigheid der toestemming. Dwaling in de naam, nationaliteit, leeftijd of aard van de afstamming (wettigheid of onwettigheid) heeft dit effect niet. Deze dwaling is burgerrechtelijk irrelevant.⁵² Ook kan niet als nietigheidsgrond worden aangevoerd dwaling in de persoonlijke eigenschappen van het individu,⁵³ noch dwaling omtrent de lichamelijke

⁴⁸ Rb. Rotterdam 18 October 1926 en 27 December 1926, W. 11747, N.J. 1927, p. 1463, 1464, Rb. Almelo 28 Mei 1930, W. 12213. Die geestelijke ontwikkeling bleek voor de rechtbank van Almelo uit het feit, dat de betrokken partij „bij haar verschijning bleek eenige, zij het dan ook zeer eenvoudige optel- en vermenigvuldigsommetjes vlug en goed” kon oplossen.

⁴⁹ Bij het ontbreken van de bedoelde geestelijke ontwikkeling, waardoor ook de vereiste kennis van het huwelijk niet aanwezig is, mist men volgens de rechtbanken van Rotterdam en Almelo de „vrije” toestemming tot een huwelijk, zodat de nietigheid gegrond zou moeten worden op artikel 142 B.W.

⁵⁰ Vgl. artikel 142, 3e lid B.W.

⁵¹ Artikel 142, 2e lid B.W. „Le texte est clair”, zei de regering „l'erreur dans la personne même”, VOORDUIN, IIe deel, p. 253.

⁵² Rb. Amsterdam 8 December 1938, N.J. 1940, no 376 dwaling in de naam en de leeftijd van de vrouw is geen dwaling, die tot nietigverklaring kan leiden, Hof Amsterdam, 2 November 1939, N.J. 1940, no 175. dwaling wat betreft afkomst, tijd en plaats van geboorte is van geen belang, alleen dwaling in het individu (overweging van het Hof dat blijkt uit de tekst van de wet en uit de geschiedenis), Rb. Rotterdam 13 Mei 1948, N.J. 1948 no. 657. de vrouw had niet de geboortenaam gevoerd. geen dwaling in de persoon, Hof Amsterdam 28 Juni 1950, N.J. 1950 no 736.

⁵³ Zie noot 51.

Sommige Franse auteurs erkennen ook „erreur dans une qualité substantielle” als vitierende dwaling. Zo BRESSOLLES in het algemeen kan dwaling in de persoonlijke hoedanigheden - zedelijke en maatschappelijke - de nietigheid van een huwelijk niet tot gevolg hebben, maar, wanneer komt vast te staan „que l'existence de ces qualités a été la cause déterminante du contrat (b.v. religieuze gevoelens van de wederpartij), ou bien qu'elles en forment la substance”, dan ligt de zaak anders (Mariage religieux, mariage civil, Nullité, in Revue de législation et de jurisprudence, 12me année de la publication, Année 1846, Paris, 1846, p. 153). Ook MARCADE erkent dwaling in de persoonlijke eigenschappen als grond van nietigheid. Hij doet een beroep op NAPOLEON's opvatting, maar wijkt geheel af van die van PORTALIS en MALLEVILLE (die slechts dwaling in het individu als rechtens van belang wilden erkend zien en die bij het voordragen van hun opinie geen tegenstand hebben ontmoet (THIERIET, Mariage civil,

toestand van de wederpartij (impotentie, gesimuleerde zwangerschap).⁵⁴ Volgens canoniek recht komen voor vitierende dwaling in aanmerking behalve „error personae”, ook „error conditionis” en „error qualitatis redundans in errorem personae”.⁵⁵ In het algemeen raakt dwaling in de kwaliteiten van de persoon („error accidentalis” in tegenstelling tot „error personae” als „error substantialis”) de geldigheid van het huwelijk niet. Als echter de „consideratio personae cedat considerationi qualitatis, adeo ut indentitas physica in mente nupturientis sit quid accidentale”,⁵⁶ kan men de nietigheid op dwaling omtrent die substantiele eigenschap gronden. Het moet dan gaan over een kwaliteit, die de persoon individualiseert en van alle andere onderscheidt, zodat met het wegvallen van die eigenschap de persoon zelf een geheel andere wordt, „es musz. . . eine so genaue Bestimmung getroffen sein, dasz nur eine einzige Person auf der ganzen Welt damit gemeint sein kann”.⁵⁷ De dwaling in de eigenschap is dan eigenlijk dwaling in de persoon zelf. Verder bepaalt canon 1083, § 1, 2°, dat, als een vrije persoon een huwelijk sluit met iemand, van wie hij of zij meent, dat ze vrij is, doch die in werkelijkheid slaaf of slavin is, zulk een dwaling het huwelijk ongeldig maakt. Canoniek en burgerlijk recht komen dus alleen hierin overeen, dat dwaling in het individu de toestemming vitieert. Verder kan naar burgerlijk recht het recht om de nietigverklaring te vorderen worden verwerkt,⁵⁸ canoniekrechtelijk niet.

mariage religieux, in *Revue de legislation et de jurisprudence*, 13me année de la publication, Année 1847, Tome 4, Paris, 1847, vooral p 376-377) Volgens MARCADE heeft artikel 180 C.c. ook betrekking op „erreur sur les qualités”, omdat „erreur sur l'individu” onder artikel 146 C.c. zou vallen en een „mariage nul”, een volstrekt nietig (inexistant) huwelijk zou opleveren. Artikel 146 C.c. heeft op het oog het geheel ontbreken van de toestemming (aldus bij „erreur sur la personne”) en dus ook het afwezig zijn van het huwelijk zelf. Artikel 180 C.c. bedoelt het geval, dat de toestemming werkelijk bestaat, doch gevitueerd is, en wel doordat er gedwaald is in de kwaliteiten van het individu. Echter is volgens MARCADE niet iedere dwaling in welke kwaliteit ook voldoende voor de nietigverklaring van het huwelijk, zij moet betrekking hebben op een hoedanigheid, die is „assez grave et d'une haute importance morale”. De rechter zal geval voor geval moeten uitmaken, of daar in casu sprake van is. Zie zijn *Mariage civil, mariage religieux*, Sens de l'article 180 du Code civil, in *Revue de legislation et de jurisprudence*, 12me année de la publication, Année 1846, Tome 3, Paris 1846, p 342 vlg (vooral p 345 en 359). Zie ook zijn *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7me éd., Tome 1, Paris, 1873, onder artikel 180 C.c., nos 627-643, p 482 vlg. Nietigheid op grond van een „qualité substantielle erkennen ook THEOPHILE HUC, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, *Etudes de legislation comparée*, Tome 1, Paris, 1868, p 58-59. Zie ook PLANIOL RIPERT, Tome 1, nos 1061-1065 en de daar onder 1062 aangehaalde literatuur. De Franse rechtspraak is sinds het arrest van 24 April 1862, D 621153, constant dwaling in een hoedanigheid vitieert niet. Wel wordt door de Franse rechtspraak dwaling in de „identité civile” onder „erreur dans la personne” begrepen (b.v. men trouwt met iemand, die zich van valse papieren heeft voorzien).

Zie ook burgerlijk wetboek van Zwitserland, artikel 124, volgens herwelk het mogelijk is de nietigheid van het huwelijk te gronden op „erreur relative à des qualites si essentielles du conjoint, que leur défaut lui rend la vie commune insupportable”.

⁵⁴ Hof van Amsterdam 28 Juni 1950, N.J. 1950 no 736.

⁵⁵ Canon 1083, § 1, § 2, 1° en 2°.

⁵⁶ DE SMET, no 526, p. 462, vgl. CONTE A CORONATA, no 449, p. 602.

⁵⁷ KNECHT, p. 556, noot 1.

⁵⁸ Artikel 142, 3e lid B.W.

II. DEFECTEN VAN DE WIL.

1. *Dwang.*

Dwang is een algemene grond van nietigheid (vernietigbaarheid) van rechts-handelingen.⁵⁹ Zulks geldt ook voor het huwelijk, zowel volgens het burgerlijk als volgens het canoniek recht. Het huwelijk is nietig (vernietigbaar), als de toestemming gegeven wordt, hetzij ten gevolge van fysieke dwang, hetzij onder invloed van morele dwang.

Dwang wordt in het burgerlijk huwelijksrecht niet met name als nietigheidsgrond genoemd, doch de vrijheid, welke in artikel 142 wordt gevorderd, ontbreekt bij gedwongen toestemming. Iedere fysieke dwang zal de uitwendige toestemming van haar essentiële vrijheid beroven en daarom zal op grond van fysieke dwang altijd de nietigheid van het huwelijk kunnen worden gevorderd. Wat de morele dwang betreft, moet worden onderscheiden. Is hij van zodanige aard, dat hij op een redelijk mens indruk maakt en betrokkene werkelijk vrees inboezemt „da: hij zijnen persoon of zijn vermogen aan een aanmerkelijk en dadelijk aanwexend nadeel zoude blootstellen”,⁶⁰ dan zal het huwelijk vernietigbaar zijn. Was de morele dwang minder erg, dan is het huwelijk onbetwistbaar geldig. Nu bijzondere, het huwelijk betreffende, bepalingen ontbreken, moeten blijkbaar (voor zover het tegendeel niet blijkt)⁶¹ de regels gelden die betrekking hebben op de overeenkomsten van het derde Boek B.W.⁶²

Ook volgens kerkelijk recht is het huwelijk, waarvan de uitwendige toestemming onder invloed van fysieke dwang wordt gegeven, ongeldig. Morele dwang frustreert de geldige totstandkoming van het huwelijk, als het wordt aangegaan uit vrees, mits die vrees hevig is, van buiten wederrechtelijk wordt ingeboezemd en het sluiten van het huwelijk de enige uitweg is om aan het bedreigde kwaad te ontkomen (om zich van die vrees te bevrijden).⁶³

Zal met betrekking tot dwang als nietigheidsgrond wel niet licht een conflict tussen Kerk en staat ontstaan, toch is zulks niet uitgesloten te achten. Het kan voorkomen, dat burgerlijk eerder dwang wordt aangenomen dan kerkelijk of omgekeerd.⁶⁴ Bovendien ontbreekt in het canoniek recht een bepaling als die van artikel 142, 3e lid B.W.

⁵⁹ Vgl. artikel 1359 BW en canon 103, § 1 (vis) en § 2 (metus)

⁶⁰ Artikel 1360 BW. Men moet ook acht slaan op de ouderdom, de kunne en de stand der personen

⁶¹ Zie artikel 1363 BW. Voor dwang bij het huwelijk geldt artikel 142 BW

⁶² Impliciet Hof Amsterdam 28 Juni 1950, N. J. 1950 no. 736, vgl. PLANIOL-RIPERT, Tome I, no. 1058, p. 382

⁶³ Canon 1087, §1, vgl. DE SMET, no. 536, p. 470-471, CONTE A CORONATA, no. 471, p. 633-634, TUNNISSEN EN VLAMING, no. 39, p. 36 vlg., VAN WELIE, nos. 54 vlg., p. 87 vlg.

⁶⁴ Een meisje, dat zwanger is, dreigt, dat zij zich van het leven zal beroven, als de man weigert haar te huwen. Naar canoniek recht is dit vitierende dwang S.R.R. 14, 1922, 9, no. 9, p. 81, 29, 1937, 4, no. 2, p. 24-25. Volgens Hof Amsterdam 28 Juni 1950, N. J. 1950 no. 736 is dit naar burgerlijk recht geen dwang in de zin van de wet, daar betrokkene niet met enig nadeel ten aanzien van persoon of vermogen is bedreigd. Als de jongen dreigt zich van het leven te beroven, als het meisje hem niet huwt, is er ook naar canoniek recht geen vitierende dwang S.R.R. 14, 1922, 35, no. 14, p. 327, 15, 1923, 8, no. 10, p. 81, 17, 1925, 3, no. 2, 7, p. 16, 21, 20, 1928, 4, no. 7, p. 39, 23, 1931, 57, no. 9, p. 494, 24, 1932, 59, no. 19, p. 570, 29, 1937, 4, no. 2, p. 24-25.

Op „metus reverentialis”, de vrees uit eerbied jegens moeder, vader, of andere verwanten⁶⁵ kan men de nietigheid van het huwelijk niet gronden, noch burgerrechtelijk, noch canoniekrechtelijk, tenzij het betreft „metus reverentialis qualificatus”; als n.l. door bijkomend geweld⁶⁶ tot het sluiten van een huwelijk wordt gedwongen kan burgerrechtelijk de nietigheid worden gevorderd, en naar canoniek recht is het huwelijk nietig, als er „metus gravis” is.⁶⁷ Een dergelijke gekwalificeerde „metus reverentialis” is geen afzonderlijke nietigheidsgrond, doch een species van de generieke dwang.

2. *Simulatie en vitiërende voorwaarden.*⁶⁸

Hoezeer ook naar canoniek recht de assistentie van de pastoor - in de regel - essentieel is voor de geldige totstandkoming van het huwelijk, toch is hij het niet, die uit naam van de Kerk het huwelijk formeert, het Sacrament toedeelt. Het is immers door de toestemming van partijen, dat het huwelijk wordt geconstitueerd, d.w.z. door een wilsdaad, waardoor man en vrouw aan elkaar geven en van elkaar ontvangen het exclusieve en blijvende recht op het lichaam in verband met die handelingen, die uiteraard geschikt zijn voor de voortbrenging van kinderen.⁶⁹ Wanneer men een dergelijk recht aan de partner overdraagt, sluit dit logischerwijze in, dat men de verplichtingen op zich neemt, die uit die overdracht voortvloeien. Tegenover het door de een ontvangen recht staan de daarmee corresponderende verplichtingen van de ander. Wil men de verplichtingen niet op zich nemen, dan geeft men ook het recht niet.

Naar kerkrecht wordt overeenkomstig het natuurrecht vereist, dat met de wilsverklaring - om n.l. het exclusieve en blijvende „jus in corpus” te schenken en om dus de uit die overdracht voorkomende verplichtingen op zich te nemen - een inwendige wil overeenstemt.

Wel kent het canoniek recht de voorwaardelijk gegeven toestemming. De voorwaarde echter, die in strijd is met de substantie van het huwelijk, die ingaat tegen de wezenlijk vereiste overdracht van het exclusieve en blijvende „jus in corpus” en de daarmee corresponderende verplichtingen, belet uit de aard van de zaak, dat een huwelijk tot stand komt.⁷⁰

Als een positieve wilsdaad het huwelijk zelf uitsluit, indien een of beide partijen het ja-woord uitwendig geven, doch inwendig geen echtgenoten willen

⁶⁵ Artikel 1362 B.W.

⁶⁶ Artikel 1362 B.W.

⁶⁷ Vgl. EICHMANN-MORSBORFF, p. 220; RETZBACH, p. 252-253; DE SMET, no. 536, p. 470-471.

⁶⁸ Zie voor canoniek recht: VAN WELIP, nos. 51-53, p. 83-87 en nos 60-65, p. 96-103; DE SMET, no. 533, p. 467-468 en nos 151-156, p. 125-132; CONTE A CORONATA, nos. 455-465, p. 612-627 en nos. 493-528, p. 622-732; TUNNISSEN EN VLAMING, no. 38, p. 35-36 en no. 41, p. 38-40; WERNZ - VIDAL, nos 451-462, p. 584-596 en nos 509-521, p. 643-662. Voor burgerlijk recht vooral: ROGER COURVOISIER, Le mariage fictif en droit suisse, précédé d'une étude de droit comparé, Lausanne, 1943; zie ook het werk van CANGARDEL en GERDA VETH, Simulatie in het privaatrecht, Amsterdam, 1921.

⁶⁹ Canon 1081.

⁷⁰ Canon 1092, 2^o.

zijn, komt geen huwelijk tot stand. Dan ontbreekt iedere huwelijkswil⁷¹ en wordt geen huwelijk geconstitueerd, daar de huwelijkswil, de „actus voluntatis” door geen menselijke macht kan worden aangevuld.⁷²

Ook ontstaat geen huwelijk, als men door een positieve wilsdaad het volle recht op de huwelijksdaad uitsluit,⁷³ of een voorwaarde stelt, die ingaat tegen het recht op de huwelijksdaad⁷⁴ (bonum prolis quoad jus).

Sluit men niet het recht op het lichaam uit, doch door een positieve wilsdaad wel de exclusiviteit van het recht, het uitsluitende recht, of stelt men een voorwaarde, waardoor de exclusiviteit van het recht beperkt wordt, het beginsel der monogamie wordt aangetast, (bonum fidei quoad jus), dan kan evenmin een geldig huwelijk tot stand komen.

Evenmin kan het huwelijk geformeerd worden, als men door een positieve wilsdaad het blijvend recht van de wederpartij uitsluit; als men een voorwaarde stelt, die ingaat tegen de onontbindbaarheid van het huwelijk (bonum sacramenti).⁷⁵

Wanneer het gaat over de uitsluiting van het „bonum prolis” en het „bonum fidei”, moet onderscheid gemaakt worden tussen uitsluiting van het „bonum prolis” en „bonum fidei” „quoad jus” en „quoad exercitium”. Uitsluiting van het „bonum prolis” en „bonum fidei” „quoad exercitium” heeft niet de nietigheid van het huwelijk tot gevolg. Dan wordt immers „slechts” het gebruik van het (uitsluitend) recht uitgesloten. Men geeft de partner echter wel het (uitsluitend) recht en neemt de daarmee corresponderende verplichtingen op zich.

Bij het „bonum sacramenti” wordt een dergelijk onderscheid „quoad jus” en „quoad exercitium” niet gemaakt. Stelt men n.l., dat men zijn verplichtingen slechts een bepaalde tijd wil nakomen (ik trouw U tot ik iemand heb gevonden, die mij beter lijkt), dan sluit men de onontbindbaarheid uit, dan wil men ipso facto een ontbindbaar huwelijk en dus geen huwelijk, zoals het krachtens zijn essentiële eigenschappen is bepaald.

De bepalingen van het canoniek recht, volgens welke de gesimuleerde en de op bepaalde wijze geconditioneerde toestemming aan de wettige totstandkoming van het huwelijk in de weg staan, zijn o.i. de uitdrukking van wat met betrekking tot elk huwelijk altijd van nature geldt. Natuurrechtelijk is immers vereist, dat de innerlijke wil gericht is op het wezen van het huwelijk. Ontbreekt die innerlijke wil, dan ontbreekt er een essentiale aan de integriteit van de toestemming, wat men ook uitwendig als wil doe blijken.⁷⁶ Doch, nog er van afgezien, of de innerlijke wil op het wezen van het hu-

⁷¹ Canon 1086, § 2; VAN WELIE, no. 52, p. 85.

⁷² Canon 1081, § 1.

⁷³ Canon 1086, § 2 „omne ius”; „Het huwelijk is ongeldig, niet alleen, indien het gehele recht op de huwelijksdaad wordt uitgesloten, maar ook indien dit recht beperkt wordt, indien de simulant dit recht slechts geeft voor den tijd, dat er b.v. nog geen twee kinderen zijn geboren”, VAN WELIE, no. 52, p. 85.

⁷⁴ N.l. dit recht uitsluit of beperkt tot b.v. de geboorte van het tweede kind.

⁷⁵ Canones 1086, § 2, 1092, 2° en 1013, § 2.

⁷⁶ Dat overeenstemming tussen inwendige wil en wilsverklaring wordt gepraesumeerd, is vanzelfsprekend. Aldus bepaalt uitdrukkelijk canon 1086, § 1.

welijk is gericht, ook de wilsverklaring - in verband met het sociale karakter van het huwelijk van nature niet minder noodzakelijk dan de wil zelf - mag niet zodanig voorwaardelijk worden gegeven, dat de gestelde conditie tegen het wezen van het huwelijk ingaat.

Het burgerlijk recht bewaart over dit alles het stilzwijgen. Expliciet is althans simulatie (in ruime zin) niet als grond van nietigheid genoemd. Wil dat nu zeggen dat het gesimuleerde huwelijk onbetwistbaar geldig is? Het natuurrecht ontkent het en uit de burgerlijke wet blijkt niet, dat de Nederlandse wetgever zich ook te dezen van de voorschriften van de natuurwet heeft willen distancieren. De Nederlandse wet eist wezenlijk de toestemming van beide partijen. Daar moet onder worden verstaan een toestemming, aan wier integriteit geen wezenlijk deel (innerlijke bereidheid; uitwendige gaafheid) ontbreekt.

In Nederland willen de rechtspraak en de auteurs echter van het onderscheid tussen het werkelijke en gefingeerde huwelijk („schijnhuwelijk”) niet weten.⁷⁷ Door de uitwendige verklaring van partijen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand ontstaat een onbetwistbaar geldig huwelijk, hoezeer ook beide partijen of één van hen door inwendig voorbehoud, partij-afspraken of op andere wijze het wezen van het huwelijk hebben uitgesloten. Het publiciteitselement in het huwelijk maakt het huwelijk tot een formele handeling. Dit schijnt het Haagse Hof te bedoelen in zijn arrest van 29 November 1934,⁷⁸ gelijk ook de rechtbank van Alkmaar in haar vonnis van 26 Januari 1950:⁷⁹ het is in strijd met de van openbare orde zijnde bepalingen in het Burgerlijk Wetboek op het stuk van het huwelijk aan het bestaan van zogenaamde „schijnhuwelijken” consequenties te verbinden ten aanzien van de rechten en de plichten van gehuwden.

Het uitwendig voorwenden van een innerlijk niet bestaande wil kan volgens de rechtbank van Amsterdam aan de geldigheid van de in artikel 85 B.W. gevorderde toestemming niet afdoen.⁸⁰ En toen in appèl voor het Hof van Amsterdam werd aangevoerd, dat tot het wezen van het huwelijk behoort het ernstig voornemen om te komen tot een levensgemeenschap, gaf het Hof ten antwoord, dat het ontbreken van zodanige innerlijke wil slechts de inhoud betreft van de wilsverklaring, hetgeen gans iets anders is dan de vrije toestemming tot het aangaan van een huwelijk, waarvan in artikel 85 B.W. sprake is.⁸¹

De rechtbank van Rotterdam oordeelde in 1934 anders:⁸² in de rechtspraak

⁷⁷ Anders de Zwitserse rechtspraak sinds 1939, zie de beslissing van het Federale Hof, aangehaald door COURVOISIER, p. XXIX.

⁷⁸ N.J. 1935 p. 402 n.v. Rb. Rotterdam 28 Mei 1934, N.J. 1934 p. 842.

⁷⁹ 26 Januari 1950, N.J. 1951 no. 293.

⁸⁰ Rb. Amsterdam 4 Februari 1937, N.J. 1937, no. 269.

⁸¹ Hof Amsterdam 13 Mei 1937, N.J. 1937 no. 583.

⁸² 28 Mei 1934, N.J. 1934 p. 842.

Vgl. Tribunal civil de Grenoble 11 Juli 1923 (aangehaald door CANGARDEL, p. 16). Onder druk van de oorlogsomstandigheden had een Française in Turkije (kort nadat Turkije in oorlog was gekomen) een Amerikaan (wiens vaderland nog niet in oorlog was) getrouwd met het uitsluitende doel om op deze wijze te ontkomen aan internering door de Turkse staat. Later

komt het aan op het wezen en niet op de schijn. Als partijen niet een „consortium omnis vitae” bedoelen te bereiken, geen levensband willen scheppen, als partijen ondanks hun formele verklaring niet de gevolgen willen aanvaarden, dan is er een schijnhuwelijk, dat rechtens niet bestaat. Er is o.i. veel waars in dit vonnis: uitsluiting van het wezen van het huwelijk viteit de toestemming. Maar o.i. kan niet worden aanvaard, dat een naar de vorm gesloten huwelijk, welks essentialia zijn uitgesloten, een „inexistent” huwelijk is, op welks niet-bestaan men zich ook zonder rechterlijke uitspraak mag beroepen. Geen enkel voor de ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten huwelijk is immers van rechtswege nietig. Ook Scholten⁸³ kan zich met het vonnis van de rechtbank van Rotterdam niet verenigen, doch anders dan wij komt hij niet tot de conclusie, dat het huwelijk in kwestie door de rechter kon worden vernietigd. Volgens hem is er namelijk een volkomen geldig huwelijk, wanneer partijen op de door de wet voorgeschreven wijze verklaard hebben een huwelijk aan te gaan; op de inhoud van de wilsovereenstemming komt het z.i. niet aan. „Voor de rechter zijn al hun (d.w.z. van partijen) verdere afspraken en bedoelingen irrelevant”. Pitlo⁸⁴ is eveneens van mening, dat bij een huwelijk uitsluitend de vorm der rechtshandeling beslist, of er een huwelijk is tot stand gekomen. Zoals wij hierboven reeds hebben betoogd, is naar ons gevoelen de werkelijke wil om te trouwen niet minder belangrijk dan de uitwendige verklaring. De hieruit voortvloeiende consequentie van vernietigbaarheid van het gefingeerde huwelijk is alleszins te aanvaarden, ook door hen, die vernietiging van het huwelijk slechts mogelijk achten in de limitatief in de wet genoemde gevallen (B.W., Boek I, Titel V, 6e afdeling). Dit geval is immers, als alle gebrek aan toestemming, te brengen onder artikel 142 B.W.

§ 3. DE HUWELIJKSBELETSELEN.

1. VERBIEDENDE BELETSELEN.

A. Canonieke beletselen.

Naar canoniek recht zijn verbiedende, direct de persoon betreffende, beletselen:

1°. Eenvoudige gelofte. De eenvoudige gelofte van maagdelijkheid, volmaakte kuisheid, de gelofte om niet te huwen, de heilige wijdingen te ontvangen of in een klooster te treden, hebben tot gevolg, dat degene, die de gelofte - privaot of publiek - heeft gedaan, zonder dispensatie niet mag trouwen.⁸⁵ Van

heeft zij de vernietiging van het huwelijk gevraagd, aanvoerend, dat zij nimmer bedoeld had een werkelijk huwelijk te sluiten. De Franse rechtbank heeft het huwelijk nietigverklaard; doch schrok er blijkbaar voor terug in dit geval simulatie als nietigheidsgrond te erkennen: de nietigheid werd gebaseerd op „violence morale”.

⁸³ ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p. 45.

⁸⁴ O.c., p. 115-116.

⁸⁵ Canon 1058; voor de onderscheiding private en publieke gelofte zie: canon 1308, § 1.

de eenvoudige gelofte moet worden onderscheiden de plechtige, welke een ongeldigmakend beletsel is.⁸⁶ Of de gelofte plechtig is of niet, hangt af van de erkenning als zodanig door de Kerk.⁸⁷

2°. Verschil van godsdienst; d.w.z. „mixta religio”: beide partijen zijn gedoopt, doch terwijl de ene Katholiek is, behoort de andere tot een ketterse, schismatieke of atheïstische sekte.⁸⁸

3°. Als kerkelijk beletsel kan gelden de uit adoptie ontstane wettelijke verwantschap. Te dien aanzien richt de Kerk zich naar de burgerlijke wet: eerst als burgerrechtelijk uit adoptie een verbiedend beletsel van verwantschap ontstaat, is zulks ook canoniekrechtelijk het geval.⁸⁹

B. Burgerlijke beletselen.

Burgerlijk gelden als zuiver verbiedende beletselen:

1°. Wat betreft de vrouw, die gehuwd is geweest: het feit, dat nog geen driehonderd dagen verlopen zijn, sedert haar vorig huwelijk is ontbonden.

2°. Wat betreft het huwelijk van „regeringskinderen”: het ontbreken van de toestemming van de Minister van Justitie.

3°. Wat betreft het huwelijk van een meerderjarige, die de volle ouderdom van dertig jaar nog niet heeft bereikt: het ontbreken van de toestemming der ouders.⁹⁰

Ad 1^{um}. Artikel 91 B.W. In geval van een geldig gesloten kerkelijk en burgerlijk huwelijk kan zich na de ontbinding van het kerkelijk en van het burgerlijk huwelijk een conflict voordoen tussen Kerk en staat. Kerkrechtelijk kan de vrouw onmiddellijk hertrouwen; volgens de burgerlijke wet moet zij driehonderd dagen wachten. Artikel 91 luidt algemeen en laat geen uitzondering toe, ook niet, wanneer in een concreet geval het gevaar voor „confusio sanguinis” als „ratio legis” van het artikel niet bestaat. Ook dan, wanneer vaststaat, dat de vrouw niet zwanger is, geldt het huwelijksverbod; eveneens zal zij, wanneer zij binnen driehonderd dagen na de ontbinding van haar vorig huwelijk zou bevallen en dus „confusio sanguinis” niet behoeft te worden gevreesd, de volle driehonderd dagen hebben te wachten.⁹¹

Is het burgerlijk huwelijk ontbonden (door echtscheiding b.v.) en is het kerkelijk huwelijk geldig, kan het althans niet worden ontbonden, dan kan

⁸⁶ Canon 1073; hierna p. 178.

⁸⁷ Canon 1308, § 2.

⁸⁸ Canon 1060; vgl. Pontif. Commiss., 30 Julii 1934, SARTORI, p. 265 en p. 146.

⁸⁹ Canon 1059: „In iis regionibus ubi lege civili legalis cognatio, ex adoptione orta, nuptias reddit illicitas, iure quoque canonico matrimonium illicitum est”.

⁹⁰ Artikelen 91, 98, 99, 101 en 103 B.W.

⁹¹ Een historische interpretatie leidt tot deze conclusie. Men heeft toch van de mogelijkheid van dispensatie voor de gevallen, waarin voor confusio sanguinis geen gevaar bestaat (voorgesteld door DOTRENGE), niet willen weten. Vgl. VOORDUIN, IIe deel, p. 152. Aldus ook ASSER-SCHOLTEN, Ie deel, p. 51. Anders PITLO-MEIJLING, p. 119, die in navolging van Rb. Rotterdam 5 Februari 1937, N.J. 1937 no. 482, er meer voor voelen zich te richten naar de genoemde strekking en niet naar de letter van het voorschrift van artikel 91.

op grond van het beletsel van artikel 91 geen conflict ontstaan: het aangaan van een nieuw kerkelijk huwelijk is immers niet mogelijk.

Geen controverser bestaat ook, wanneer de vrouw wil hertrouwen, nadat zowel haar vorig kerkelijk als haar vorig burgerlijk huwelijk nietig is verklaard. Zij kan dan zowel kerkelijk als burgerlijk onmiddellijk hertrouwen: artikel 91 treft toch alleen de vrouw, wier huwelijk is ontbonden.⁹² Het wordt echter gewenst geoordeeld, dat artikel 91 ook tot het geval van de burgerlijke nietigverklaring wordt uitgebreid.⁹³

Is het huwelijk „in foro ecclesiastico” ontbonden door de - met morele zekerheid vaststaande - dood van de man en „in foro civili” krachtens artikel 254, 2°, dan kan de achtergebleven echtgenote niet alleen kerkelijk, doch ook burgerlijk onmiddellijk hertrouwen. In een dergelijk geval wordt het vroeger burgerlijk huwelijk immers juist ontbonden door een opvolgend huwelijk.⁹⁴

Ad 2^{um}. Artikel 98 B.W. Indien de Minister van Justitie geen toestemming tot het huwelijk geeft en het burgerlijk huwelijk niet wordt gesloten, kan ook het kerkelijk huwelijk niet in de gewone vorm worden voltrokken, zonder dat de priester artikel 449 Sr. overtreedt.

Ad 3^{um}. Artikelen 99, 101 en 103 B.W. Het geval, waarin de ouders hun toestemming weigeren, zal niet licht tot onoverkomelijke moeilijkheden leiden. Men kan immers rechterlijke tussenkomst vragen en in ieder geval drie maanden na het verschijnen van het door de ouderlijke weigering getroffen kind en van beide ouders of van één van hen voor de kantonrechter in de echt treden.⁹⁵ Zolang zal men doorgaans ook wel met het kerkelijk huwelijk kunnen wachten. Alleen, wanneer een onmiddellijk te sluiten huwelijk gewenst is - b.v. in extremis na concubinaat - is het conflict tussen Kerk en staat van ernstiger aard.

Tussen de canonieke en burgerlijke verbiedende beletselen bestaat dus generlei overeenkomst. Dit heeft tot gevolg, dat in de gevallen, dat er een kerkelijk verbiedend beletsel aanwezig is, partijen een kerkelijk huwelijk niet alleen niet mógen, doch doorgaans ook niet kúnnen sluiten, daar de pastoor zijn substantieel vereiste assistentie wel zal weigeren.⁹⁶ Het burgerlijk huwelijk kan in die gevallen (zo er geen burgerlijk beletsel bestaat natuurlijk) zonder bezwaar worden voltrokken. Bestaat er alleen een burgerrechtelijk beletsel, dan moet de staatsambtenaar weigeren zijn onmisbare medewerking tot het huwelijk te verlenen. Doch als gevolg van de burgerlijke eis van prioriteit van het burgerlijk huwelijk zal ook het kerkelijk huwelijk niet ten

⁹² Hof Curaçao 20 October 1949, N.J. 1950 no. 372 (bovendien bestond in casu geen gevaar voor confusio sanguinis). Zie ook OPZOOMER, 1e deel, p. 162-163.

⁹³ ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p. 52, OPZOOMER, 1e deel, p. 163, DIEPHUIS, 4e deel, p. 27, ontwerp B.W. 1886, artikel 82.

⁹⁴ Vgl. ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p. 52 en PITLO-MEIJLING, p. 119.

⁹⁵ Indien noch de vader noch de moeder verschijnt, kan onmiddellijk tot het huwelijk worden overgegaan op vertoon van de akte, waaruit van die niet-verschijning blijkt (artikel 101 B.W.).

⁹⁶ Behalve natuurlijk wanneer in het kerkelijk beletsel is gedispenseerd.

overstaan van de priester kunnen worden voltrokken, zonder dat de geestelijke een strafbaar feit pleegt.⁹⁷ In hoeverre de kerkelijke wet voorzieningen heeft getroffen, volgens welke een geldig huwelijk kan worden aangegaan, zonder dat de medewerking van de geestelijke nodig is, bespreken we hierna in § 5. Hier constateren we slechts, dat als gevolg van een burgerrechtelijk beletsel van staatswege een belemmering in de weg wordt gelegd aan een huwelijksvoltrekking in de gewone kerkelijke vorm.

II ONGELDIGMAKENDE BELETSELEN.

Ook wat de ongeldigmakende beletselen betreft bestaat er tussen canoniek en burgerlijk recht geen overeenstemming.

Er zijn een aantal beletselen, die het kerkelijk huwelijk ongeldig maken, doch in het burgerlijk recht onbekend zijn. Andere weer gelden slechts burgerlijk. Een derde categorie omvat die beletselen, met betrekking waartoe tussen kerkelijk en burgerlijk recht gelijkheid in beginsel bestaat, zij het geen volkomen overeenstemming.

A. Canonieke beletselen.

Enkel kerkelijk dirimerend zijn de beletselen van:

- 1°. Impotentie.
- 2°. Verschil van eredienst.
- 3°. Heilige wijding.
- 4°. Plechtige religieuze gelofte.
- 5°. Schaking.
- 6°. Misdaad.
- 7°. Openbare eerbaarheid.
- 8°. Geestelijke verwantschap.

Ad 1^{um}. Canon 1068: impotentie (impotentia). Aan het huwelijk voorafgaande, zekere en blijvende impotentie, volstrekt of betrekkelijk, aan de kant van de man of van de vrouw, aan de wederpartij bekend of niet, verhindert van nature de geldige totstandkoming van een huwelijk. Aldus bepaalt canon 1068, § 1, zonder zich er nochtans over uit te spreken, of alléén onmacht om te paren (impotentia coeundi), dan wel óók onmacht om te telen (impotentia generandi) als ongeldigmakend beletsel wordt beschouwd. Wel wordt onvruchtbaarheid (sterilitas) uitdrukkelijk als huwelijksbeletsel uitgesloten.⁹⁸ Welke impotentie geldt nu canoniekrechtelijk als beletsel?

Alle auteurs nemen aan, dat onvermogen tot geslachtelijke vereniging (er is

⁹⁷ Arukel 449 Sr.

⁹⁸ Canon 1068. § 1. Impotentia antecedens et perpetua, sive ex parte viri, sive ex parte mulieris, sive alteri cognita sive non, sive absoluta sive relativa, matrimonium ipso naturae iure dirimit. § 2 Si impedimentum impotentiae dubium sit sive dubio iuris sive dubio facti, matrimonium non est impediendum.

§ 3 Sterilitas matrimonium nec dirimit nec impedit.

geen mogelijkheid tot het „fieri una caro”⁹⁹ de betrokkene(n) onbekwaam maakt een geldig huwelijk aan te gaan. Van nature wordt voor het huwelijk gevorderd, dat partijen de huwelijksdaad kunnen stellen, d.w.z. die daad, welke, wat de daad zelf betreft, gericht is op het voortbrengen van kinderen.¹⁰⁰ Partijen moeten dus bekwaam zijn tot de „coniugalis actus quo fiunt una caro”.¹⁰¹ Bij de man ontbreekt deze potentie, wanneer hij onmachtig is tot de „erectio ac penetratio penis in vaginam naturali modo peracta et depositio seminis veri in vaginam”;¹⁰² bij de vrouw, wanneer zij onbekwaam is tot het ontvangen van het „membrum virile” en het „semen verum”.

Sommige auteurs - zoals Antonelli, Bucceroni, Triebis en Leitner - achten het beletsel van onmacht óók aanwezig, wanneer (al is er potentie tot geslachtelijke vereniging) de macht ontbreekt om een kind te doen geboren worden of te ontvangen; b.v. als de vrouw de baarmoeder of de beide eierstokken mist (onmacht om te telen).¹⁰³ Zij zijn van oordeel, dat deze onmacht als beletsel moet worden erkend in verband met het hoofddoel van het huwelijk, hetwelk bij zodanige impotentie niet kan worden bereikt: „Es ist offenbar, dasz bei Vorhandensein dieses Defektes der erste und allein maszgebende Zweck der Ehe einfachhin unmochlich ist. . . . Ist darum der erste Zweck unerreichbar, so fallt damit die Seele des Ganzen, es handelt sich dann nicht mehr um einen Ehestand mit seinen Rechten und Pflichten, darum auch nicht mehr um einen Ehevertrag: der Ehevertrag ist hinfallig, und darum null und nichtig”.¹⁰⁴ Hierop kan nochtans geantwoord worden, dat in het geval, dat wèl het paringsvermogen, doch niet het vermogen om te telen, bestaat, de wezenlijke gerichtheid op het hoofddoel van het huwelijk voldoende aanwezig is, wijl de daad zelf als dusdanig geschikt is tot het ontvangen van het kind.¹⁰⁵

Al moge de theorie verdeeld zijn, of ook onvermogen om te telen van nature de geldige totstandkoming van een huwelijk verhindert, in de praktijk zal „impotentia generandi” wegens het „dubium iuris” niet tot een ongeldigverklarende sententie leiden.¹⁰⁶ Praktisch wordt slechts paringsonvermogen als ongeldigmakend beletsel beschouwd.

⁹⁹ Vgl canon 1015, § 1

¹⁰⁰ Vgl canon 1081, § 2

¹⁰¹ Vgl canon 1015, § 1, zie GASPARRI, Vol I, no 514, p. 308

¹⁰² S R R. Nullitas Matrimonii et dispensationis super rato 25 April 1941, S R R 33, 1941, 27, no 2, p 285.

VERMEERSCH is van oordeel, dat er ook dan potentie is, wanneer menselijk vocht wordt afgescheiden, dat geen spermatozoen bevat, „semen verum” is voor de huwelijksdaad z i van nature niet vereist (hierover VAN WELIE, Beletsel, no 80, p 20)

¹⁰³ De „impotentia generandi” is te onderscheiden van „sterilitas” Ingeval van onvruchtbaarheid zijn de organen tot paring en teling aanwezig, doch zij functioneren niet De potentie is er wel maar het gevolg ontbreekt bij impotentia generandi is er „defectus potentiae”, bij sterilitas „defectus effectus” Vgl hierover VAN WELIE, Beletsel, nos 80 en 81, p 20 en 21

¹⁰⁴ M LEITNER, Lehrbuch des katholischen Eherechts, Paderborn, 1912 p. 146 Vgl echter S Off, 23 Juli 1890 „Num mulier (N N) cui operatione chirurgica ablata sunt duo ovaria et uterus, admitti possit ad matrimonium?” resp „Matrimonium non esse impediendum”, aangehaald door VLAMING, Tomus I, Warmundae, 1897, no 198, p 159 en WERNZ-VIDAL, no 227, p 276

¹⁰⁵ Vgl canon 1081, § 2 i f

¹⁰⁶ Canon 1068, § 2 (zie noot 98, p 176)

Van impotentie als nietigheidsgrond heeft de Nederlandse wetgever uiteindelijk niet willen weten. Uiteindelijk; het ontwerp van 1820 noemde immers onbekwaamheid als grond van nietigheid.¹⁰⁷ Men werd er echter van teruggehouden impotentie als beletsel in de wet op te nemen in verband met „het meestal schandelijke, ja onzedelijke (der) procedures en de moeilijkheid van het bewijs.”¹⁰⁸

Ad 2^{um}. Canon 1070: verschil van eredienst (disparitas cultus). Ongeldig is het huwelijk, dat is aangegaan tussen een niet-gedoopte en een Katholiek-gedoopte of een gedoopte, die uit ketterij of schisma tot de Katholieke Kerk is overgegaan.¹⁰⁹

Ad 3^{um}. Canon 1072: heilige wijding (ordo sacer). De subdiakens, diakens, priesters en bisschoppen zijn onbekwaam een geldig huwelijk aan te gaan. Dit beletsel vloeit voort uit de verplichting van celibaat.

Ad 4^{um}. Canon 1073: plechtige gelofte (professio solemnitas). De plechtige gelofte verhindert in tegenstelling tot de eenvoudige gelofte¹¹⁰ de totstandkoming van een wettig huwelijk. Evenwel kan door een bijzondere beschikking van de H. Stoel ook de eenvoudige gelofte tot een ongeldigmakend beletsel worden verklaard.¹¹¹

Ad 5^{um}. Canon 1074: schaking (raptus). De schaker en geschaakte kunnen met elkaar niet geldig trouwen, zolang de laatste in de macht van de eerste is. Voor schaking is vereist, dat de vrouw naar een andere plaats wordt gevoerd, dan wel gewelddadig wordt vastgehouden op een plaats, waar zij verblijft of waarheen zij zich vrijwillig heeft begeven; vervolgens, dat de schaking

¹⁰⁷ Vgl. VOORDUIN, IIe deel, p. 252.

¹⁰⁸ VOORDUIN, IIe deel, p. 253, H. G. J. FARENSBACH, De onmacht als huwelijksbeletsel, Amsterdam, 1899, beschouwt impotentie als een ongeldigmakend beletsel.

¹⁰⁹ Derhalve kan degene, die buiten de Katholieke Kerk is gedoopt en nooit tot de Kerk is overgegaan, zonder dispensatie in het beletsel van verschil van eredienst met een ongedoopte een geldig huwelijk aangaan, vgl. S.C. de Prop. Fide, 26 Febr. 1924, SARTORI, p. 271. Volgens het oude canoniek recht kon ook deze gedoopte niet geldig met een ongedoopte huwen, als in het beletsel van verschil van eredienst niet was gedispenseerd, RETZBACH, p. 239, TUNNISSEN en VLAMING, p. 83. Ook op de Katholiek (in de Kerk gedoopt of tot de Kerk overgegaan), die van de Kerk afvalt, heeft het beletsel betrekking „Baptizata in Ecclesia catholica (canon 1070, § 1) heeft de betekenis van gedoopt met de bedoeling de dopeling uitwendig met de Katholieke Kerk te verenigen. Wiens bedoeling besliszend is, hangt van de omstandigheden af: als de dopeling tot de jaren van verstand is gekomen, beslist zijn bedoeling, is de dopeling een kind, dan komt als regel in aanmerking de bedoeling van degene, onder wiens gezag het staat, soms is de bedoeling van de bedienaar van het doopsel beslissend (zie hierover, VAN WELIE, Beletsel, no. 90, p. 29-30, CONTE A CORONATA, no. 343, p. 445-446). Ook wanneer een Katholieke leek (b.v. een arts) aan een kind van niet-Katholieke ouders, dat zich in stervensgevaar bevindt, het doopsel toedient (nooddoop), geldt het kind als „gedoopt in de Katholieke Kerk” in de zin van canon 1070, § 1, al wordt het kind ook niet Katholiek opgevoed (S. Off., 1 April 1922 „Puer baptizatus medico catholico, inscius parentibus, in periculo mortis censetur baptizatus in Ecclesia catholica et impedito disparitatis cultus subiectus”, SARTORI, p. 272). Zie hierover VAN WELIE, Beletsel, nos 90-94, p. 28-33.

¹¹⁰ Vgl. hiervóór p. 173-174.

¹¹¹ Krachtens een besluit van GREGORIUS XIII van 25 Mei 1584 zijn de in de Sociëteit van Jezus afgelegde eenvoudige geloften een ongeldigmakend beletsel, vgl. EICHMANN MORSORFF, p. 168 en p. 185.

tegen de wil van de vrouw door geweld, bedreiging of list plaats heeft; ten slotte, dat de schaker met zijn ontvoering het sluiten van een huwelijk beoogt.¹¹² Ook wanneer de vrouw na de ontvoering vrijwillig in het huwelijk toestemt, blijft het beletsel bestaan: „quamdiu ipsa in potestate raptoris manserit”, zegt canon 1074, § 1.

Naar Nederlands recht is schaking op zich geen beletsel. Het huwelijk is vernietigbaar, indien de eventueel geschaakte aantoon, dat haar toestemming tot het huwelijk door dwang is verkregen.

Ad 6^{um}. Canon 1075: misdaad (crimen). De Kerk verbiedt op straffe van nietigheid de huwelijksluiting tussen personen, die schuldig zijn aan ernstige misdrijven tegen de heiligheid van het huwelijk en tegen de huwelijksvrouw; tussen degenen, „die auf verbrecherische Weise zur Ehe miteinander gelangen wollen”.¹¹³ De misdrijven, die een huwelijksbeletsel vormen zijn: gekwalificeerd overspel en gekwalificeerde moord. Er zijn drie gevallen van gekwalificeerd overspel en één van gekwalificeerde moord te onderscheiden. Gekwalificeerde moord als huwelijksbeletsel is aanwezig, wanneer twee personen teneinde met elkaar te huwen in samenwerking degene vermoorden, die het geïntendeerde huwelijk in de weg staat; het plegen van overspel is daarbij niet vereist.

Voor gekwalificeerd overspel is in de drie bedoelde gevallen nodig, dat er werkelijk overspel is gepleegd. Althans een van de echtbrekers moet geldig zijn gehuwd. Voor het beletsel is onverschillig, of het huwelijk door bij-slaap voltooid is of niet. Beide partijen, bij het delict betrokken, moeten weten, dat zij door hun bedrijf overspel plegen (d.i. dus inbreuk maken op een geldig huwelijk). Heeft slechts één van hen die kennis, dan is het beletsel niet aanwezig.

Wordt aan deze voorwaarden voldaan, dan ontstaat het beletsel van misdaad:

1. door overspel, als hiervóór omschreven, met een elkaar gedane trouwbelofte. De belofte moet gedaan worden op een tijdstip, dat het huwelijk, waartegen het delict van overspel wordt gepleegd, nog bestaat;
2. door overspel in vorenbedoelde zin met de poging om een huwelijk te sluiten. Die poging is er, wanneer de medeplichtigen aan het overspel tijdens het nog bestaan van het huwelijk, waartegen het overspel wordt gepleegd, een (nietig) huwelijk sluiten in de canonieke vorm, voor de ambtenaar van de burgerlijke stand of voor een niet-Katholieke geestelijke, terwijl ook de private toestemming voldoende is.¹¹⁴ Een concubinaat zonder meer heeft echter het beletsel niet tot gevolg, hoelang de samenleving ook heeft geduurd.¹¹⁵
3. door overspel met opzettelijke levensberoving van de „bedrogen” echtgenoot door een van de echtbrekers. Voor het ontstaan van het beletsel is

¹¹² EICHMANN-MORSITORFF, p. 185-186.

¹¹³ EICHMANN-MORSITORFF, p. 186.

¹¹⁴ Canon 1075, 1°, vgl. VAN WELIE, Beletsel, no. 109, p. 42.

¹¹⁵ Vgl. KNECHT, p. 458, noot 5.

vereist, dat de moord geschiedt met het oog op een huwelijk met de medeplichtige aan het overspel, en vervolgens, dat de dood werkelijk is ingetreden (poging tot doodslag is niet voldoende).¹¹⁶

Ad 7^{um}. Canon 1078: openbare eerbaarheid (publica honestas). Uit een ongeldig huwelijk of een publiek of notoir concubinaat - waartoe het louter burgerlijk huwelijk moet worden gerekend¹¹⁷ - ontstaat voor de man met betrekking tot de moeder, de grootmoeder, de dochter en de kleindochter van de vrouw een ongeldigmakend beletsel; voor de vrouw ten opzichte van de vader, de grootvader, de zoon en de kleinzoon van de man.

Ad 8^{um}. Canon 1079: geestelijke verwantschap (cognatio spiritualis). De gedoopte enerzijds en degene, die het doopsel toediende anderzijds, kunnen met elkaar niet een geldig huwelijk aangaan. Evenmin is een geldig huwelijk mogelijk tussen de gedoopte en zijn (haar) peter of meter.¹¹⁸

Is een of meer van deze acht beletselen aanwezig, dan kunnen betrokkenen kerkelijk niet geldig met elkaar trouwen. Aan de geldigheid van het burgerlijk gesloten huwelijk staan die beletselen uiteraard niet in de weg, evenmin aan de mogelijkheid om een burgerlijk huwelijk aan te gaan. Slechts ingeval canoniëkrechtelijk het beletsel van misdaad en burgerrechtelijk het beletsel van overspel¹¹⁹ zich voordoet, mogen de medeplichtigen aan het overspel met elkaar noch een kerkelijk, noch een burgerlijk huwelijk aangaan. Trouwen zij ondanks het huweliksverbod toch kerkelijk en burgerlijk, dan is zowel het kerkelijk als het burgerlijk huwelijk nietig.

B. Burgerlijke beletselen.

Tussen Kerk en staat kan ook conflict ontstaan in de gevallen, dat burgerlijk wel, doch kerkelijk niet een ongeldigmakend beletsel zich voordoet. Dergelijke burgerlijke, naar kerkrecht niet bestaande, beletselen, zijn vijf in getal: 1°. Overspel: iemand, die bij rechterlijk vonnis „van overspel is overtuigd”, mag met de medeplichtige niet in het huwelijk treden.¹²⁰ 2°. Volgens artikel 90 B.W.¹²¹ kunnen dezelfde personen slechts één keer met elkaar hertrouwen, nadat hun vroeger huwelijk is ontbonden krachtens artikel 254, 3° en 4° B.W. Echtscheiding vormt dus een beletsel voor een derde huwelijk. Bovendien moet met het tweede huwelijk een jaar worden

¹¹⁶ EICHMANN-MORSITORFF, p 187, VAN WELIE, Beletselen, no. 109, p 43.

¹¹⁷ RETZBACH, p 243 De burgerlijke sluiting op zich echter heeft het beletsel niet tot gevolg. Eerst wanneer daarna samenwoning is gevolgd, doet zich het beletsel voor. Pontif. Commiss., 12 Mart. 1929 „An vi huius canonis ex solo actu, ut aiunt, civili, inter eos, de quibus in can. 1099, § 1, independenter a cohabitatione oriatur impedimentum publicae honestatis Resp. negative”, SARTORI, p 278.

¹¹⁸ Zie canones 768 en 762, § 2, 763, § 2 en 765.

¹¹⁹ Artikel 89 B.W., hierna p. 181-182

¹²⁰ Artikelen 89 en 145 B.W.

¹²¹ jo artikel 145 B.W.

gewacht, te rekenen van de inschrijving van de ontbinding van het eerste huwelijk.

3°. Wat minderjarigen betreft: het ontbreken van de toestemming der ouders, grootouders, voogden en toeziende voogden, dan wel het ontbreken van het verlof van de kantonrechter, voorzover dit de primair vereiste de toestemming van verwanten en voogden kan vervangen.¹²²

4°. Wat de wegens verkwisting, gewoonte van drankmisbruik of zwakheid van vermogens onder curatele gestelde betreft: het ontbreken van de toestemming van de curator en toeziende curator, dan wel het ontbreken van het rechterlijk verlof.¹²³

5°. Het feit, dat ingeval van curatele van een der partijen op een andere grond dan krankzinnigheid, het huwelijk het ongeluk van een der partijen zal veroorzaken (artikelen 116, 1e lid, 3° en 487, 2°, 3° en 4° B.W.), het bestaan van een enkel verbiedend beletsel, en ten slotte het feit, dat het belang van de minderjarige, die onder toezicht is gesteld of voorlopig aan de voogdijraad is toevertrouwd, zich tegen het huwelijk verzet (artikel 120, 2e lid B.W.) zijn als ongeldigmakende beletselen (nietigheidsgronden) aan te merken, wanneer het huwelijk op die gronden is gestuit, het huwelijk is voltrokken voordat de stuiting is opgeheven, en de rechter de gegrondheid van de stuiting heeft uitgesproken (artikel 125, 2e lid B.W.).

In deze gevallen kan men burgerlijk niet trouwen of is een reeds voltrokken huwelijk vernietigbaar. Kerkelijk kan het huwelijk worden voltrokken en is het, eenmaal voltrokken, geldig.¹²⁴ Zo kan men kerkelijk gehuwd zijn, burgerlijk vrij.

Ad 1^{um}. Artikel 89 B.W. Naar wij zagen, kent de Kerk niet een verbod om met de medeplichtige aan overspel (zonder meer) een huwelijk aan te gaan. Kerkelijk kan men, zo het beletsel van misdaad zulks niet verbiedt, met de medeplichtige geldig trouwen.

Doch kan het burgerlijk beletsel van overspel in de praktijk wel als bron van conflicten tussen Kerk en staat worden beschouwd? De bepaling van artikel 89 geldt niet voor verstekvonnissen, daar deze niet geacht kunnen worden van overspel te overtuigen (Rb. Amsterdam 17 December 1928, N.J. 1930, p. 733, W. 11931). Maar heeft overigens - in geval van vonnissen van echtscheiding op grond van overspel op tegenspraak gewezen - het verbod van artikel 89 nog wel de kracht van levend recht? Pitlo leert, dat de praktijk van ons rechtsleven dit artikel tot een dode letter heeft weten te maken, nu de Hoge Raad op 10 December 1915 (N.J. 1916, p. 249, W. 9905, W.P.N.R. 1916, no. 2412, p. 146) heeft uitgemaakt, dat de rechter niet ver-

¹²² Artikelen 92, 93 en 146 B.W.

¹²³ Artikelen 506, 3e lid, 94 en 146 B.W.

¹²⁴ Behalve dan, wanneer de „debilis mente” (artikel 506 B.W., zwakheid van vermogens) geen minimale kennis heeft, die tot het sluiten van het canoniek huwelijk wordt vereist. Dan is het kerkelijk huwelijk nietig. Vgl. VAN WELIE, no. 43, p. 73, noot 6.

plicht is de naam van de medeplichtige in het vonnis te vermelden, en de rechter als gevolg van dat arrest in vonnissen van echtscheiding op grond van overspel de naam van de medeplichtige verzwijgt. Waar dus uit het vonnis niet blijkt, met wie overspel is gepleegd, wordt een huwelijk met de medeplichtige aan het overspel mogelijk gemaakt. En volgens Scholten is het doel van artikel 89 - om n.l. preventief te werken: „Wie overspel pleegt, mag niet verwachten met den medeplichtige te huwen, indien zijn huwelijk ontbonden is” - niet bereikt en kan het verbod „in dezen op dit gebied zoo lakschen tijd” moeilijk nog levend recht worden genoemd; het verbod wordt ontdoken, doordat in echtscheidingsvonnissen in de regel de naam van de medeplichtige niet wordt vermeld.¹²⁵

Als men de rechtspraak beziet, kan men het verbod van artikel 89 evenwel bezwaaraarlijk een dode letter noemen. Uit de rechtspraak, ook na het arrest van 1915, blijkt toch, dat menig huwelijk door het O.M. op grond van artikel 89 is gestuit en de rechtbank die stuiting gegrond heeft verklaard. Weliswaar komt in het dictum de naam van de medeplichtige niet voor, doch dit wordt niet als eis gesteld. Het „overtuigd zijn” van overspel met een bepaald persoon is uit de gehele inhoud van het vonnis - dus niet alleen uit het dictum - af te leiden, aanduiding van de persoon van de medeplichtige in de rechtsoverwegingen is voldoende; zelfs is het ontbreken van overeenstemming in namen geen bezwaar, daar men toch wordt toegelaten tot het bewijs, dat de persoon ondanks verschil in naam dezelfde is als die, welke in het vonnis als medeplichtige is aangeduid.¹²⁶

Waar artikel 89 derhalve niet als een dode letter mag worden beschouwd, zal zich een conflict tussen Kerk en staat zeer zeker kunnen voordoen.

Ad 2^{um}. Artikel 90 B.W. Als volgens artikel 90 een tweede huwelijk is toegestaan, terwijl men reeds en nog kerkelijk is gehuwd met degeen, met wie men burgerlijk wil hertrouwen, is er geen moeilijkheid van dualiteit. Kerkelijk bleven partijen ook na de burgerlijke huwelijksontbinding gebonden, zodat het tweede burgerlijk huwelijk gezien kan worden als een herhaalde formaliteit ter verkrijging der burgerlijke effecten.

Wordt het tweede burgerlijke huwelijk door toepassing van artikel 254, 3° en 4° B.W. ontbonden, dan kan men niet meer burgerlijk hertrouwen, doch het kerkelijk huwelijk is blijven voortbestaan. Voor partijen bestaat na ontbinding van het tweede huwelijk niet meer de mogelijkheid burgerrechtelijk hun status in overeenstemming te brengen met die, welke naar kerkelijke beschouwing steeds is blijven voortduren. Geven partijen, tot inkeer of herbeminnen gekomen, gevolg aan wat de Kerk voorschrijft, n.l. hervatting der

¹²⁵ PITLO, 1e deel, p. 121; ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p. 55.

¹²⁶ Vgl. H.R. 28 Februari 1938, N.J. 1938, no. 1027: het „overtuigd zijn” van overspel is uit het gehele vonnis - niet slechts uit het dictum - af te leiden; zie ook Rb. Amsterdam 15 October 1920, N.J. 1920, p. 1162; Rb. 's-Gravenhage 11 Januari 1921, N.J. 1922, p. 129; Rb. Amsterdam 3 Juni 1921, N.J. 1922, p. 359; Rb. Amsterdam 1 April 1937, N.J. 1937 no. 576.

samenleving, dan moet deze burgerrechtelijk als concubinaat worden gekwalificeerd. De eventueel uit die verhouding geboren kinderen zijn onwettig, wellicht overspelig. Zo wordt de vreugde van de Hemel over de bekering van de tot tweemaal afgedwaalden niet gedeeld door de staat.

Ad 3^{um}. en 4^{um}. Artikelen 92-97 en 506, 3e lid B.W. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal moeten weigeren mede te werken aan de voltrekking van een huwelijk, waartoe niet de vereiste toestemming van derden is verkregen, noch definitief rechterlijk verlof in de gevallen, waarin dit verlof in de plaats kan treden van die toestemming. Wordt ondanks het ontbreken van de toestemming of het rechterlijk verlof het huwelijk toch voltrokken, dan kan de nietigverklaring van het huwelijk worden gevorderd.¹²⁷ Het recht die nietigverklaring te eisen kan echter worden verwerkt door tijdsverloop, uitdrukkelijke of stilzwijgende goedkeuring, of doordat men de ambtenaar van de burgerlijke stand niet heeft verwittigd, dat men tegen een rechterlijk verlof is opgekomen.¹²⁸ Een eventueel door partijen gesloten kerkelijk huwelijk blijft vanzelfsprekend voortbestaan, ook dan wanneer het burgerlijk huwelijk wordt vernietigd.¹²⁹

Komt het burgerlijk huwelijk wegens het burgerlijk beletsel niet tot stand, omdat de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn medewerking weigert, dan kan ook het kerkelijk huwelijk niet op de gewone wijze worden voltrokken, tenzij de pastoor het risico neemt artikel 449 Sr. te overtreden. Hier doet zich derhalve ook een conflict voor tussen Kerk en staat.¹³⁰

Ad 5^{um}. Artikel 125, 2e lid B.W. De suggestie van een der afdelingen van de Tweede Kamer om de voltrekking van een huwelijk niетtegenstaande stuiting te sanctionneren met vernietigbaarheid van het huwelijk, werd door de regering overgenomen, met dien verstande evenwel, dat de mogelijkheid van vernietiging werd beperkt tot die gevallen, waarin de rechter de stuiting gegrond oordeelde (Voorduin, 2e deel, p. 225).

Artikel 120, 2e lid, het O.M. de bevoegdheid verlenend het huwelijk te stuiten van een minderjarige die onder toezicht is gesteld of voorlopig de voogdijraad is toevertrouwd, werd ingevoegd door de wet van 10 Juli 1947. Het nieuwe lid heeft tot doel te verhinderen, dat zulk een minderjarige zich, daarbij gesteund door zijn ouders (huwelijkstoestemming), tegen zijn eigen belang door het aangaan van een huwelijk aan het toezicht of de voorlopige toevertrouwing onttrekt. Door het huwelijk wordt de minderjarige immers meerderjarig, als gevolg waarvan de ondertoezichtstelling eindigt.

¹²⁷ Zie artikel 146, 1e lid B.W.

¹²⁸ Artikelen 97, 2e lid en 146, 2e lid B.W.

¹²⁹ Voorondersteld wordt, dat de wegens zwakheid van vermogens onder curatele gestelde voldoende kennis van het huwelijk heeft. Anders is het kerkelijk huwelijk nietig (vgl. p. 181, noot 124), terwijl het burgerlijk huwelijk in dat geval kan worden vernietigd, al zou ook de toestemming tot het huwelijk van de curator en toeziende curator zijn verkregen (vgl. p. 166-167).

¹³⁰ De Kerk ziet overigens niet gaarne, dat door minderjarigen een huwelijk wordt gesloten tegen de zin van de ouders, of terwijl deze er niets van weten. Men zie in dit verband canon 1034. Men zal van kerkelijke zijde evenwel zeker geen bezwaar maken tegen het voorgenomen huwelijk, als het verzet der ouders onredelijk is.

De redactie van artikel 125, 2e lid werpt de vraag op, of het huwelijk, niet-tegenstaande stuiting gesloten, *zal* worden dan wel *kan* worden nietigverklaard. Naar de bewoordingen van de bepalingen zijn beide uitleggingen mogelijk: taalkundig kan het „kunnen” vóór „worden voortgezet” ook slaan op „worden nietig verklaard”, doch de bepaling laat taalkundig ook als uitleg toe, dat gelezen moet worden „zal worden nietigverklaard”. Zou de wet zo moeten worden verstaan, als zou er staan „zal kunnen worden nietigverklaard”, dan is nietigverklaring alleen mogelijk, ingeval het huwelijk vernietigbaar is „naar de beginselen in de zesde afdeling (van de vijfde titel) vervat”, zodat geen nietigheid mag worden uitgesproken, waar er een grond bestaat, die wel tot stuiting maar niet tot nietigheid leiden kan. Opzoomer (1e deel, p. 200-201) geeft die uitleg aan de wet, doch naar ons voorkomt ten onrechte, hoezeer die interpretatie grammaticaal is verantwoord. Niet slechts de Franse tekst van artikel 127 van het wetboek van 1830, welke zegt: „le mariage sera déclaré nul”, maar ook de wetsgeschiedenis leert, dat de nietigheid ook dan moet worden uitgesproken, wanneer het huwelijk naar de beginselen van de zesde afdeling van de vijfde titel niet vernietigbaar is. De regering nam het voorstel van een afdeling van de Kamer niet over om in alle gevallen, dat was gestuit, ongeacht de gegrondheid van de stuiting, vernietiging toe te staan, maar zij bracht in dat voorstel ook niet zodanige beperking aan, dat vernietiging slechts mogelijk zou zijn op de gronden van de artikelen 140 vlg. Zij wilde de geldigheid van het huwelijk doen afhangen „du résultat du jugement sur l'opposition”, en wel om aldus te respecteren „les droits acquis aux opposans de pouvoir empêcher le mariage”; zo zou men ook niet te gemakkelijk de huwelijksband verbreken „pour une violation pure et simple d'une opposition, qui peut n'être point fondée”; in het geval dat de stuiting niet gegrond zou zijn, „le mariage subsistera, tandis que si l'opposition est admise, il sera déclaré nul”. En zeiden ook Nicolaï en Sypkens niet, dat de geldigheid van het huwelijk afhankelijk is „du résultat de la procédure sur l'opposition”? Zij juichten het tweede lid van artikel 125 toe, omdat het „conserve aux personnes intéressées les droits dont on n'a pu les priver sans commettre une grande injustice” (vgl. Voorduin, 2e deel, p. 225).

C. Canonieke en burgerlijke beletselen.

We komen thans tot de bespreking van de beletselen, die zowel burgerrechtelijk als canoniek gelden. Het zijn:

- 1°. Het niet bereikt hebben van de vereiste leeftijd.¹³¹
- 2°. Bloed- en aanverwantschap.¹³²
- 3°. Bestaande huwelijksband.¹³³

¹³¹ Artikelen 86 en 144 B.W.; canon 1067.

¹³² Artikelen 87, 88 en 145 B.W.; canones 1076-1077.

¹³³ Artikelen 84 en 141 B.W.; canon 1069.

Het beletsel van wettelijke verwantschap, ontstaan uit adoptie, kent de Nederlandse wet niet en bijgevolg (voor Nederland) ook niet de canonieke.¹³⁴

Ad 1^{um}. Artikelen 86 en 144 B.W.; canon 1067: leeftijd (aetas). Nòch het burgerlijk nòch het canoniek recht eist voor de geldige sluiting van het huwelijk de puberteit. Geen van beide wetgevers heeft de mogelijkheid van het voltrekken van een huwelijk, noch de geldigheid van de eenmaal aangegane echt daarvan afhankelijk gesteld. In beide rechtstelsels is er een „puberté légale”, die verschillen kan van de „puberté réelle”. Naar canoniek recht moet een jongen minstens zestien, een meisje tenminste veertien jaar zijn. In het burgerlijk recht zijn die leeftijdsgrenzen respectievelijk achttien en zestien jaar. Een vóór die leeftijd gesloten huwelijk is nietig (vernietigbaar). Kan naar canoniek recht het bereikt hebben van de vereiste leeftijd de nietigheid niet opheffen, volgens burgerlijk recht is dat wel mogelijk. De wettigheid van een huwelijk kan immers niet meer worden betwist - de wet maakt het huwelijk onaantastbaar -, als op de dag der rechtsvordering tot nietigverklaring betrokkene(n) de vereiste ouderdom heeft (hebben) bereikt. Bovendien zal dat betwistingsrecht, anders dan in het canoniek recht, ontbreken, als de te jong getrouwde vrouw vóór de dag der rechtsvordering zwanger is.¹³⁵ Hier praevaleert dus de reële, uit de zwangerschap blijkende, puberteit op de wettelijke. Naar canoniek recht zal een zich openbaren van de geslachtsrijpheid vóórdát de leeftijden van canon 1067 zijn bereikt, de nietigheid niet opheffen.

Nu kerkrechtelijk een huwelijk op jeugdiger leeftijd kan worden aangegaan dan burgerrechtelijk, kan zich het conflict voordoen, dat men kerkelijk kan trouwen en burgerlijk niet (of: kerkelijk geldig getrouwd is, en burgerrechtelijk niet onbetwistbaar geldig). Dit conflict kan tot een oplossing worden gebracht, doordat de Koning van het verbod van artikel 86 kan dispensereren.¹³⁶ Verder verdwijnt de controverse - het kerkelijk huwelijk is geldig, het burgerlijk huwelijk is vernietigbaar - wanneer de termijn is verlopen, gedurende welke de nietigverklaring kon worden gevorderd, en wanneer de reële puberteit zich openbaart vóórdát de wettelijk vereiste leeftijd is bereikt. Vermeld moge nog worden, dat ook van kerkelijke zijde niet gaarne wordt gezien, dat „man” en „vrouw” in het huwelijk treden, wanneer zij jonger zijn dan achttien, respectievelijk zestien jaar.¹³⁷

Ad 2^{um}. Artikelen 87, 88 en 145 B.W.; canones 1076 en 1077: bloed- en aanverwantschap (consanguinitas en affinitas). Zowel volgens burgerlijk als kerkelijk recht is het huwelijk - zonder mogelijkheid van dispensatie - ver-

¹³⁴ Canon 1080.

¹³⁵ Artikel 144, 2e lid B.W.

¹³⁶ Artikel 86, 2e lid B.W.

¹³⁷ Canon 1067, § 2: „Licet matrimonium post praedictam aetatem contractum validum sit, curent tamen animarum pastores ab eo avertere iuvenes ante aetatem, qua, secundum regionis receptos mores, matrimonium inire solent”.

boden tussen bloedverwanten in de opgaande en nederdalende linie en tussen broer en zuster.¹³⁸ Overeenstemming tussen beide rechtstelsels bestaat er ook wat betreft de huwelijken tussen oom en nicht, oudoom en achternicht, tante en neef en tussen oudtante en achterneef; deze huwelijken zijn verboden, doch er kan wel dispensatie worden verleend.¹³⁹ Ten aanzien van het beletsel van bloedverwantschap is er tussen kerkelijk en burgerlijk recht verschil wat betreft het huwelijk tussen neef en nicht, achterneef en achternicht. Burgerlijk mag een huwelijk zonder meer worden aangegaan. Kerkelijk niet; wel is dispensatie mogelijk.

Het huwelijk tussen aanverwanten in de rechte lijn is nòch naar burgerlijk, nòch naar kerkelijk recht toegestaan.¹⁴⁰ Verschil is er, omdat volgens canoniek recht wèl, volgens burgerlijk recht niet kan worden gedispenseerd. Evenwel dispenseert de Kerk zelden in het beletsel van aanverwantschap in de rechte lijn.

Aanverwantschap in de zijlinie levert burgerlijk zowel als canoniek een beletsel op voor het huwelijk tussen schoonbroer en schoonzuster.¹⁴¹ Volgens beide rechtstelsels is dispensatie mogelijk. Burgerlijk bestaat echter het beletsel niet langer, indien de echtgenoot, die de zwagerschap deed ontstaan, is overleden of, wanneer op grond van diens afwezigheid, aan de achtergebleven echtgenoot door de rechter vergunning is verleend een ander huwelijk aan te gaan.¹⁴² Een conflict tussen Kerk en staat is dus mogelijk, wanneer kerkrechtelijk geen dispensatie wordt verkregen.

In de - kerkelijke - tweede graad van de zijlinie bestaat alleen volgens kerkelijk recht een beletsel op grond van aanverwantschap. Wel kan dispensatie in dit beletsel „gradus minoris”¹⁴³ worden verkregen.

Ad 3^{um}. Artikelen 84 en 141 B.W.; canon 1069: bestaande huwelijksband (ligamen). Canoniek en burgerlijk recht stellen zich op het standpunt van het monogame huwelijk. Niet alleen is bepaald, dat de man tegelijkertijd slechts met één vrouw en de vrouw slechts met één man door het huwelijk kan zijn verbonden,¹⁴⁴ doch het aangaan van een dubbel huwelijk levert in beide rechtstelsels een delict op.¹⁴⁵

Normaliter is vereist, dat men op het moment van het aangaan van het huwelijk „vrij” is, dat men niet gebonden is in een bestaande huwelijksband. Normaliter, in het algemeen, want èn in het burgerlijk èn in het canoniek recht is het mogelijk, dat men juist „bevrijd” wordt van een bestaande band dóór het sluiten van een tweede huwelijk. We hebben hier op het oog, voor het burgerlijk recht het geval, dat getrouwd wordt met ver-

¹³⁸ Artikel 87 B.W., canon 1076.

¹³⁹ Artikel 88, 1e lid, 2° en lid 2, canon 1077, § 2.

¹⁴⁰ Artikel 87 B.W., canon 1077, § 1

¹⁴¹ Artikel 88, 1e lid, 1°, canon 1077.

¹⁴² Artikel 88, 1e lid, 1°.

¹⁴³ Canon 1042, § 2, 2°, vgl. LEITNER, p. 432, CONTE A CORONATA, no. 120, p. 141.

¹⁴⁴ Artikel 84 B.W., canones 1013, § 2 en 1069.

¹⁴⁵ Artikel 237 Sr., canon 2356

gunning van de rechter na een tienjarige afwezigheid van de eerste echtgenoot,¹⁴⁶ en voor het canoniek recht het geval, dat het z.g. Paulinisch voorrecht toepassing vindt.¹⁴⁷ In beide gevallen wordt immers de „bevrijding” van het eerste huwelijk juist door het voltrekken van het opvolgende bewerkstelligd.

Kunnen zich ondanks de eensgezindheid van beginsel toch conflicten tussen Kerk en staat voordoen?

Dergelijke conflicten bestaan, als kerkelijk (burgerlijk) het beletsel van bestaande band aanwezig is, doch burgerlijk (kerkelijk) niet, hetgeen zich voordoet:

1°. als men wèl kerkelijk, doch niet burgerlijk gehuwd is, alsmede in het omgekeerde geval. In het eerste geval is men namelijk vrij met een ander dan de kerkelijke echtgenoot een burgerlijk huwelijk aan te gaan, terwijl men in het tweede geval kerkelijk vrij is een ander dan de burgerlijke echtgenoot te kiezen;

2°. indien men - met dezelfde persoon - zowel een kerkelijk als een burgerlijk huwelijk heeft gesloten, doch dan in de volgende gevallen:

a. wanneer het burgerlijk huwelijk wordt vernietigd, doch het kerkelijk huwelijk geldig is;

b. wanneer het kerkelijk huwelijk nietig,¹⁴⁸ doch het burgerlijk huwelijk onbetwistbaar geldig is;

c. wanneer het burgerlijk huwelijk wordt ontbonden, doch het kerkelijk huwelijk niet;

d. wanneer het kerkelijk huwelijk wordt ontbonden, doch het burgerlijke niet.

¹⁴⁶ Artikel 254, 2° B.W., hierna p. 189 vlg. Zie ook de wet van 2 Juni 1949, S. N°. J. 227, hierna p. 189 vlg.

¹⁴⁷ Canones 1120 vlg., hierna p. 192

¹⁴⁸ Van belang is canon 1069, § 2 „Quamvis prius matrimonium sit irritum aut solum qualiter ex causa, non ideo licet aliud contrahere, antequam de prioris nullitate aut solutione legitime et certo constiterit”. Zie met betrekking hietoe de Instructio van de S. Congregatio de disciplina Sacramentorum „De normis a parrocho servandis in peragendis canonicis investigationibus antequam nupturientes ad matrimonium ineundum admittat (canon 1020)” (Instructie van 29 Juni 1941, A.A.S. 33, 1941, p. 297-318, ook opgenomen in het werk van CONTE A CORONATA, p. 1099 vlg.), zie 6, a „Praescriptum can 1069, § 2 optime norint, matrimonii nempe nullitatem canonica dumtaxat probatione esse evincendam, id est ordine iudicali servato usque ad alteram sententiam conformem contra matrimonii valorem a qua appellatum non fuerit a vinculi defensore, vel in casibus exceptis (can 1990-1922) expletis regulis traditis in supra memorata Instrukione huius S.C. diei 15 Aug 1936 art 226 seq.” Eerst zal dus bij een uitspraak van de rechter moeten worden vastgesteld, dat het eerste huwelijk nietig is. Eerder mag een tweede huwelijk niet worden aangegaan. Zo'n ondanks het verbod van canon 1069, § 2 voltrokken tweede huwelijk wordt als ongeldig beschouwd, zolang het eerste niet ongeldig is verklaard. Vgl. hiermede artikel 141, 2e lid B.W. Zie voor het geval het huwelijk nietig is, omdat het niet in de vereiste canonieke vorm is gesloten, artikel 231 van de genoemde instructie van 1936 (A.A.S. 28, 1936, p. 313-361) „§ 1 Si quis certo tenebatur ad canonicam formam celebrationis matrimonii, et tantum civile matrimonium contraxit, vel coram ministro acatholico matrimonium inivit, aut si apostatae a fide catholica in apostasia civiliter vel ritu alieno se iunxerunt, ad hoc ut constet de horum statu libero, neque iudicales sollemnitates requiruntur, neque intervenus defensoris vinculi sed hi casus solvendi sunt ab Ordinario ipso, vel a parrocho, consulto Ordinario, in praevia investigatione ad matrimonii celebrationem, de qua in can. 1019 seqq.

§ 2. Si quod dubium supersit de recensitis conditionibus in § 1, quaestio ordinarii processus tramite definienda est”.

Conflicten, als bedoeld onder 1°, ontstaan door het feit, dat men om voor Kerk en staat getrouwd te zijn twee keer moet huwen. Zij zijn een rechtstreeks gevolg van het feit, dat de staat het huwelijk heeft geseculariseerd.

Conflicten, als bedoeld onder 2°, zijn het gevolg van het feit, dat de kerkelijke en burgerlijke nietigheidsgronden en de mogelijkheden van ontbinding van elkaar verschillen.

Over de nietigheidsgronden spraken we hiervóór. In de volgende paragraaf komen de verschillen tussen de mogelijkheden van ontbinding ter sprake.

§ 4. HUWELIJSONTBINDING.

Het voornaamste bezwaar van Katholieken tegen de dualiteit van huwelijksregeling is wel hierin gelegen, dat het huwelijk burgerrechtelijk zowel in andere gevallen als in ruimer mate kan worden ontbonden dan volgens de kerkelijke wet.

In deze paragraaf zullen we nagaan, hoe en wanneer, in verband met de canoniekrechtelijke en burgerrechtelijke mogelijkheden van ontbinding, conflicten tussen Kerk en staat kunnen ontstaan.

I. ONTBINDING DOOR OVERLIJDEN VAN EEN DER ECHTGENOTEN.

Van rechtswege wordt het huwelijk zowel canoniekrechtelijk als burgerrechtelijk ontbonden door de dood van een der echtgenoten. Deze wijze van ontbinding, die van nature geldt en onafhankelijk is van enige wettelijke bepaling, behoeft in de positieve wet niet expliciet te worden vermeld. Nochtans noemt het Burgerlijk Wetboek haar uitdrukkelijk in artikel 254, 1°. De Codex I.C. spreekt er slechts impliciet over in canon 1118.

Door het overlijden van een der echtgenoten herkrijgt de andere het recht om een volgend huwelijk aan te gaan. Wil de langstlevende hertrouwen, dan moet zowel volgens burgerlijk als canoniek recht worden bewezen, dat het overlijden inderdaad heeft plaats gehad. Burgerrechtelijk zal de herkegen „vrijheid” primair blijken uit de akte van overlijden.¹⁴⁹ Kan deze echter niet worden overgelegd, dan kan het overlijden overeenkomstig artikel 62 B.W. ook worden bewezen zowel door getuigen als door bescheiden. Canoniekrechtelijk kan geen ander huwelijk geoorloofd worden aangegaan, vóórdat er zekerheid bestaat, dat de vroegere echtgenoot is overleden. Absolute zekerheid is niet vereist, doch wel morele. Is er een authentieke canonieke of burgerlijke overlijdensakte, dan wordt het overlijden als zeker beschouwd. Ontbreken die akten, dan kan het overlijden ook op andere wijzen worden bewezen.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Artikel 126, 4° B.W.

¹⁵⁰ Vgl. canon 1069, § 2. In een instructie van het H. Officie van 1868 (*Matrimonii Vinculo*), A.A.S. 2, 1910, p. 199 vlg., wordt aangegeven, op welke wijze het bewijs van het overlijden kan worden geconstrueerd. Zie daarover DR. B. VAN BILSEN O.F.M., *Onderzoek naar de dood van een vermisten echtgenoot*, Hilversum, 1948. Of een overlijdensakte in de zin van de wet van 2 Juni 1949, S. N° J. 227 (hierna p. 190) zonder meer voldoende is, lijkt ons twijfelachtig.

Is men hertrouwd en blijkt, dat de „vroegere” echtgenoot toch niet is overleden, dan zal canoniekrechtelijk het eerste huwelijk gelden, terwijl burgerrechtelijk de vernietiging van het tweede huwelijk kan worden gevraagd op grond van de artikelen 84 en 141 B.W. Bij het aangaan van het tweede huwelijk bestond immers het beletsel van bestaande huwelijksband.

II. DE MOGELIJKHEDEN VAN ONTBINDING VOLGENS HET BURGERLIJK RECHT.

Burgerrechtelijk wordt het huwelijk - behalve door de dood - ook ontbonden:

- 1°. in geval van vermoeden van overlijden van een der echtgenoten, door het huwelijk, dat de achtergebleven echtgenoot met vergunning van de rechter of na overlegging van een overlijdensakte van een „vermiste” aangaat;
- 2°. door een rechterlijk ontbindingsvonnis na scheiding van tafel en bed en de inschrijving van dat vonnis in de registers van de burgerlijke stand;
- 3°. door een rechterlijk vonnis van echtscheiding en de inschrijving daarvan in de registers van de burgerlijke stand.

Ad 1^{um}. Artikel 254, 2° B.W. en de wet van 2 Juni 1949, houdende voorzieningen betreffende het opmaken van akten van overlijden van vermisten: ontbinding in geval van vermoeden van overlijden. Volgens het burgerlijk recht kan men ook dan hertrouwen, wanneer het niet zeker is, dat de echtgenoot is overleden. Is een der echtgenoten tien jaren (in sommige gevallen: één jaar) afwezig, zonder dat enige tijding van zijn leven of dood is ingekomen, dan kan de rechter aan de achtergebleven echtgenoot verlof verlenen een ander huwelijk aan te gaan.¹⁵¹ In dit geval wordt het overlijden van de afwezige gepraesumeerd.¹⁵² Daar men volgens het canoniek recht op grond van vermoeden van overlijden nimmer mag hertrouwen,¹⁵³ is het mogelijk, dat men burgerlijk een ander huwelijk kan aangaan, doch kerkelijk niet. Zou men, zonder dat het overlijden als moreel zeker is vastgesteld, een volgend kerkelijk huwelijk sluiten, dan wordt dit huwelijk als nietig beschouwd. Door het tweede met rechterlijk verlof aangegane burgerlijk huwelijk is het vroegere burgerlijk huwelijk rechtens komen te vervallen en geldt slechts het tweede.

Er kan zich echter ook een conflict voordoen, als men een geoorloofd tweede

¹⁵¹ Artikelen 254, 2° en 549-551 B.W. Afwezigheid gedurende één jaar is voldoende om het verlof van artikel 549 B.W. te verkrijgen 1° wanneer de afwezige tot de bemanning of passagiers blijkt behoort te hebben van een (lucht-)vaartuig, waarvan gedurende die tijd van één jaar geen berichten zijn ingekomen, 2°. wanneer de afwezige vermist is ter gelegenheid van een noodlottige gebeurtenis aan enig (lucht-)vaartuig, aan een deel zijner bemanning of zijner passagiers overkomen (artikel 1 van de wet van 26 Maart 1920, S. no. 148).

¹⁵² Vgl. VOORDUIN, IIe deel, p. 445

¹⁵³ De Kerk vordert altijd, dat de dood met morele zekerheid vaststaat. Een officiële „doodsverklaring” door de staat (vgl. de wet van 2 Juni 1949, S. no. J. 227, hierna p. 190) wordt door de Kerk niet erkend, evenmin is afwezigheid alleen van de echtgenoot en het volkomen stilzwijgen een voldoende bewijs voor het overlijden. Vgl. hierover VAN BILSEN, o.c.

kerkelijk huwelijk heeft aangegaan en ook (met vergunning van de rechter) een ander burgerlijk. Indien de „afwezige” echtgenoot na de voltrekking van het tweede huwelijk terugkeert of indien na de huwelijksvoltrekking blijkt, dat hij nog in leven is, dan geldt naar burgerlijk recht het tweede huwelijk.¹⁵⁴ Daar volgens het canoniek recht het huwelijk slechts wordt ontbonden door het reële overlijden, zal het tweede huwelijk echter ongeldig zijn.

Zou de afwezige terugkeren vóór de voltrekking van het tweede huwelijk of zou, vóórdat het huwelijk wordt gesloten, blijken, dat de vermiste echtgenoot nog leeft, dan is het kerkelijk huwelijk uiteraard ongeldig. Maar ook het tweede burgerlijk huwelijk is in dit geval nietig (vernietigbaar).¹⁵⁵ Ook zal o.i. het met rechterlijk verlof gesloten tweede burgerlijk huwelijk vernietigbaar zijn, als de achtergebleven echtgenoot te kwader trouw het huwelijk aanging, d.w.z. dit huwelijk sloot, terwijl hij wist, dat de afwezige nog in leven was.¹⁵⁶

Kunnen door toepassing van de artikelen 549 vlg. B.W. als conflicten tussen Kerk en staat ontstaan, de mogelijkheid daarvan is nog vergroot sedert 11 Juni 1949, toen de wet „houdende voorzieningen betreffende het opmaken van akten van overlijden van vermisten” (wet van 2 Juni 1949, S. No. J 227) in werking is getreden. Ten aanzien van een „vermiste” (dit is „ieder die op enig tijdstip tussen 9 Mei 1940 en 1 Juni 1945 in Nederland woonplaats heeft gehad, doch van wiens bestaan sedert laatstgenoemde datum niet meer is gebleken, terwijl er goede gronden bestaan om aan te nemen, dat hij is overleden” (artikel 1) kan door de ambtenaar van de burgerlijke stand een „akte van overlijden” worden opgemaakt, die beschouwd wordt als een akte van overlijden in de zin van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 2-8). De achtergebleven echtgenoot zal dus op vertoon van die „overlijdensakte” kunnen hertrouwen. Een kerkelijk huwelijk mag echter niet worden gesloten, als het werkelijke overlijden niet als zeker is vastgesteld. Sluit men ondanks het ontbreken van de vereiste zekerheid toch een volgend huwelijk, dan zal het als nietig worden beschouwd.

Zou na het burgerlijk hertrouwen van het bestaan van de vermiste blijken, dan zal het eerste huwelijk ontbonden blijven (artikel 11).¹⁵⁷ Hier doet zich hetzelfde conflict voor, als ontstaat door een burgerlijk hertrouwen met rechterlijk verlof. Een eventueel tweede kerkelijk huwelijk zal immers ongeldig zijn, al werd het wellicht ook gedurende enige tijd geldig gepraesumeerd (n.l. indien hertrouwd is met inachtneming van canon 1069, § 2). Indien van het in leven zijn van de vermiste blijkt vóór de voltrekking van het tweede

¹⁵⁴ Artikel 551, 2e lid, impliciet.

¹⁵⁵ Artikel 551, 1e lid.

¹⁵⁶ Vgl. DR T. M. LEISER, *Waarom moet bij dubbel huwelijk te goeder trouw het latere praevaleren?*, W P N R van 3 en 10 September 1949, nos 4102 en 4103, overdruk p. 25-26.

¹⁵⁷ Het latere huwelijk zal wel vernietigd kunnen worden op grond van artikel 141 B.W., indien het niet gesloten werd „in volkomen oirbaar vertrouwen op de juistheid van de overlijdensakte” (in die zin de ministers in hun Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer, Bijvoegsel Nederlands Juristenblad van 4 Juni 1949, Bijlage 485, p. 45). Zie ook LEISER, p. 25 „Anders wordt willens en wetens met arglistig gebruik van de akte van overlijden... bigamie tenminste van burgerlijk rechtelijken aard gepleegd”.

burgerlijk huwelijk, zal het latere huwelijk op grond van de artikelen 84 en 141 B.W. kunnen worden vernietigd.

Ad 2^{um}. en 3^{um}. Artikel 254, 3° en 4° B.W., ontbinding door rechterlijke uitspraak na scheiding van tafel en bed en door echtscheiding. De controverse: men is kerkelijk gebonden, doch burgerlijk vrij, is grotendeels hiervan het gevolg, dat het burgerlijk huwelijk kan worden ontbonden door een vonnis van de rechter na vijfjarige scheiding van tafel en bed en door echtscheiding. Zonder meer kunnen kerkrechtelijk noch scheiding van tafel en bed gedurende hoe lange tijd ook, noch overspel, noch kwaadwillige verlating, noch veroordeling wegens misdrijf, noch zware verwondingen¹⁵⁸ de ontbinding van het huwelijk tot gevolg hebben.

De tweespalt is het grootst, wanneer twee personen (die ook kerkelijk zijn getrouwd) de ontbinding van het burgerlijk huwelijk verkrijgen, terwijl het kerkelijk huwelijk absoluut onontbindbaar is. Dit is het geval, als het kerkelijk huwelijk, dat tussen twee gedoopten is gesloten, geslachtelijk is voltooid.¹⁵⁹ Slechts doordat partijen burgerlijk met elkaar hertrouwen, wordt de spanning opgeheven.

III. DE MOGELIJKHEDEN VAN ONTBINDING VOLGENS HET CANONIEK RECHT.

Volgens canoniek recht is tijdens het leven van de beide echtgenoten ontbinding van het huwelijk mogelijk:

- 1°. voor wat betreft het vol-Christelijk en het half-Christelijk huwelijk, mits het niet geslachtelijk is voltooid, door de plechtige religieuze professie en door dispensatie van de H. Stoel om voldoende reden;
- 2°. voor wat betreft het niet-Christelijk huwelijk en het half-Christelijk (mits niet met dispensatie aangegaan) door toepassing van het „privilegium fidei”.^{159a}

Geen belijdenis houdt zo onwrikbaar vast aan het beginsel van onontbindbaarheid van het huwelijk als de Katholieke Kerk¹⁶⁰ Toch kent de Kerk uitzonderingen op het beginsel; volstrekt onontbindbaar is het huwelijk ook naar canoniek recht niet. Wel is dit het geval, zoals we reeds zagen, als het een huwelijk betreft tussen twee gedoopten (het geldige sacramentele huwelijk; *matrimonium ratum*) dat door de huwelijksdaad is voltooid (*consummatum*). Dit huwelijk kan slechts door de dood worden ontbonden.

Ad 1^{um}. Canon 1119: ontbinding door de plechtige religieuze professie en door dispensatie van de H. Stoel. Een huwelijk tussen twee gedoopten en

¹⁵⁸ Artikel 264 B.W.

¹⁵⁹ Canon 1118: „*Matrimonium validum ratum en consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest*”.

^{159a} Zie voor de onderscheiding: vol-Christelijk, half-Christelijk en niet-Christelijk huwelijk, hier-voor p. 152 en 154.

Het half-Christelijk huwelijk, dat niet met dispensatie is aangegaan, is het huwelijk tussen een ongedoopte en een buiten de R.K. Kerk gedoopte, die nooit tot de Kerk is overgegaan.

¹⁶⁰ Canon 1110: „*Ex valido matrimonio enascitur inter coniuges vinculum natura sua perpetuum*”.

dat tussen een gedoopte en een ongedoopte wordt, mits het huwelijk niet geslachtelijk is voltooid,¹⁶¹ ontbonden door de plechtige religieuze professie en door dispensatie van de Paus (canon 1119). De H. Vader kan echter niet willekeurig, uit welk motief ook, door dispensatie van het natuurrechtelijk beginsel van onontbindbaarheid afwijken. Voor de geldige toepassing van de dispensatiemacht wordt er, zoals canon 1119 zegt, gevorderd, dat er een „iusta causa” is, hetgeen in dit geval betekent een zwaarwichtige reden, nu het over een „kwijschelden der natuurwet” gaat.¹⁶² Als zodanig gelden: wederkerige vervreemding van partijen zonder uitzicht op verzoening; de burgerlijk uitgesproken echtscheiding; ernstige besmettelijke ziekte; gevaar voor geloofsafval; het waarschijnlijk bestaan van een beletsel, welks aanwezigzijn niet volledig kan worden bewezen, b.v. impotentie.¹⁶³

Ad 2^{um}. Canones 1120-1126: ontbinding door toepassing van het privilegium fidei. Geldt het beginsel van de onontbindbaarheid van nature ook voor het half-Christelijk huwelijk en het niet-Christelijk huwelijk,¹⁶⁴ niettemin kunnen deze huwelijken - onverschillig of zij geslachtelijk zijn voltooid of niet - worden ontbonden op deze rechtsgrond, dat het ware geloof prevaleert boven het niet-sacramentele huwelijk („privilegium fidei”). Als de geldig bestaande huwelijksband voor een van partijen een ernstig gevaar oplevert voor het verkrijgen of het bewaren van het ware geloof, heeft het geloof voorrang boven het voortbestaan van het niet-sacramentele huwelijk.

Het enkel wettig huwelijk (matrimonium legitimum; d.i. het huwelijk tussen twee ongedoopten)¹⁶⁵ kan, al is het geslachtelijk voltooid, ten gunste van het geloof worden ontbonden krachtens het „Privilegium Paulinum”.¹⁶⁶ Als één van partijen zich bekeert tot het Christelijk geloof en het doopsel ontvangt, terwijl de andere partij in het ongelooft volhardt en hetzij in het geheel niet met de gedoopte wil samenwonen, hetzij daartoe wel bereid is, doch niet „pacifice sine contumelia creatoris”, dan is de gedoopte partij gerechtigd met een Katholiek een ander huwelijk aan te gaan.¹⁶⁷ Door dit tweede huwelijk wordt het eerste ontbonden. Het tweede huwelijk mag echter (behoudens het geval, dat de H. Stoel anders heeft verklaard) niet eerder worden aangegaan, dan nadat de gedoopte partij de in de canon 1120 genoemde „interpellaties” heeft gedaan.¹⁶⁸ Zij bestaan hierin, dat de gedoopte aan de ongedoopte vraagt: 1° of hij zich ook wil bekeren en laten dopen; 2° of hij althans bereid is tot een vreedzame samenleving „zonder belediging van de Schepper”.

Het niet-Christelijk huwelijk kan echter ook krachtens de volheid van de

¹⁶¹ De niet-voltooiing zal moeten worden bewezen.

¹⁶² VAN WELIE, no. 76, p. 126.

¹⁶³ Vgl. GASPARRI, Vol. II, no. 1130, p. 205.

¹⁶⁴ Canon 1110.

¹⁶⁵ Vgl. VAN WELIE, no. 27, p. 38-39, voor de verdeling van het huwelijk naar de vastheid van de huwelijksband.

¹⁶⁶ I. Cor. VII, 12-15.

¹⁶⁷ Canones 1120 vlg.; canon 1123, i.f.: „nisi ipsa (pars baptizata) post baptismum dederit parti non baptizatae iustam discedendi causam”.

¹⁶⁸ Canon 1121, § 2.

Apostolische macht ten gunste van het ware geloof worden ontbonden zonder dat de vereisten zijn vervuld, die voor de toepassing van het Paulinisch voorrecht gelden.

Wie vóór zijn bekering meerdere vrouwen had (tegelijktijd of achtereenvolgens) en zich niet herinnert, met welke van deze hij het eerste huwde, mag na zijn bekering en zijn doop met een van die vrouwen (welke ook) in het huwelijk treden, zonder dat ondervraging van de andere(n) nodig is.¹⁶⁹

Verder mag de man, die vóór zijn bekering achtereenvolgens of tegelijktijd meerdere vrouwen had, na zijn bekering met die der vrouwen (na hernieuwing van de huwelijkstoestemming) samenleven, die zich met hem laat dopen, al is die vrouw ook zeker niet zijn eerste vrouw.¹⁷⁰

Door de Constitutio „Populis” van Gregorius XIII is het de Ordinarissen, de pastoors en de biechtvaders van de Sociëteit van Jezus toegestaan om de bekeerde echtgenoot van het doen van de „interpellaties” te dispenseren, indien de andere partij afwezig is en het „interpelleren” van de afwezige niet mogelijk is of de afwezige niet binnen de gestelde termijn heeft geantwoord. De bekeerde mag dan met een Katholiek een nieuw huwelijk aangaan. Door dit huwelijk wordt het vroegere huwelijk ontbonden, al zou later ook blijken, dat de afwezige verhinderd was te antwoorden of zelf reeds vóór het nieuwe huwelijk het doopsel ontving.¹⁷¹

De Paus staat ook ten gunste van het ware geloof de ontbinding toe van het al of niet voltooide half-Christelijk huwelijk, mits dit huwelijk niet werd gesloten tussen een Katholiek en een ongedoopte met dispensatie in het beletsel van verschil van eredienst. Vereist wordt, dat hetzij de gedoopte, hetzij de ongedoopte tot de Katholieke Kerk overgaat en voorts moet bewezen worden, dat een van de partijen tijdens de gehele duur van het huwelijksleven ongedoopt is gebleven, en dat er na het ontvangen van het doopsel door de aanvankelijk ongedoopte geen huwelijksgebruik heeft plaats gehad. Verder ontbindt de Paus het huwelijk slechts, als herstel van de samenleving tussen de echtgenoten niet mogelijk is en ergernis of verwondering door het verlenen van de pauselijke gunst niet is te vrezen.¹⁷²

¹⁶⁹ Canon 1125 en Constitutio „Altitude” van Paus PAULUS III van 1 Juni 1537 (opgenomen onder de „Documenta” achter de Codex Iuris Canonici Docum VI)

¹⁷⁰ Canon 1125 en Constitutio „Romani Pontificis” van Paus PIUS V van 2 Augustus 1571 (opgenomen onder de „Documenta” achter de Codex als Docum VII).

¹⁷¹ Canon 1125, de Constitutio „Populis” van 25 Januari 1585 is onder de „Documenta” achter de Codex opgenomen als Docum VIII Vgl hierover VAN WELIE, no 86, p 141-142

Zie voor de huwelijksontbinding krachtens canon 1125 DR W MULDER, Huwelijksontbinding volgens canon 1125, in Nederlandsche Katholieke Stemmen, 37e jaargang, 1937, p 305 vlg de constitutie van PAULUS III kan in Nederland wel geen toepassing vinden, omdat iedereen wel kan nagaan, wie zijn eerste vrouw was, wel echter de constituties van PIUS V en GREGORIUS XIII

¹⁷² Vgl EICHMANN-MORSORFF, p 265, VAN WELIE, nos 89-91, p 150-154

Opgemerkt zij, dat, ingeval het huwelijk wordt ontbonden, nadat de aanvankelijk ongedoopte partij het doopsel heeft ontvangen, een door dat doopsel vol-Christelijk geworden huwelijk ontbonden wordt Er is dan derhalve sprake van ontbinding van een „matrimonium ratum, sed non consummatum” (canon 1119, vgl hiervoor p 192) Hetzelfde geldt voor het geval, dat bij toepassing van de constitutie „Populis” van GREGORIUS XIII de afwezige vóór de ontbinding van het huwelijk het doopsel ontving.

§ 5. DE EIS VAN PRIORITEIT VAN HET BURGERLIJK HUWELIJK.

Zowel uit godsdienstige als politieke en juridische overwegingen zijn velen van oordeel, dat de burgerlijke wetgever met het voorschrift van de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. te ver is gegaan.

De Katholieken hebben vooreerst ernstige principiële bezwaren tegen die bepalingen, omdat het de staat niet toekomt een voorwaarde te stellen voor het ontvangen van een sacrament.¹⁷³

Doch ook de Protestanten ontkennen, dat de staat het recht heeft te eisen, dat aan het kerkelijk huwelijk de burgerlijke huwelijksluiting voorafgaat. Ook¹⁷⁴ onlangs nog is van Protestantse zijde als bezwaar naar voren gebracht, dat de bepaling van artikel 449 Sr. de zelfstandigheid van de Kerk aantast, dat door die bepaling de staat in de Kerk komt heersen.¹⁷⁵

Door de liberalen wordt het stelsel van gedwongen prioriteit van het burgerlijk huwelijk in strijd geacht met het beginsel van scheiding van kerk en staat.

Allègre¹⁷⁶ oppert tegen het systeem, volgens hetwelk men pas kerkelijk mag trouwen, nadat het burgerlijk huwelijk is voltrokken, bedenkingen van juridische aard: als fundamenteel beginsel geldt, dat het niet de wet is, die een overeenkomst constitueert, maar het vrije wilsaccoord van partijen. Wat evenwel de huwelijksovereenkomst betreft is de wetgever van dat beginsel afgeweken. Wanneer twee Katholieken voor de ambtenaar van de burgerlijke stand het ja-woord uitspreken, dan bepaalt de wet, dat er een huwelijk bestaat, ofschoon contractanten zelf geenszins de bedoeling hadden een huwelijk te sluiten. Het zijn derhalve niet partijen, die de huwelijksovereenkomst aangaan, het is de wet die haar sluit: „il . . . dénature (le contrat) et lui en substitue un autre”.

Zijn dit al niet lichte bezwaren tegen het burgerlijke voorschrift, praktisch doen zich de moeilijkheden het meest gevoelen, wanneer de burgerlijke wet het aangaan van een burgerlijk huwelijk verbiedt en een kerkelijk huwelijk volgens de kerkelijke wet wel kan worden gesloten. Dan staat artikel 449 Sr. immers een kerkelijke huwelijksvoltrekking ten overstaan van een geestelijke in de weg. Maar ook, wanneer de burgerlijke wet zich niet tegen een burgerlijk huwelijk verzet, kan artikel 449 Sr. tot een conflict leiden. Wij denken hier aan het geval, dat man en vrouw burgerlijk zowel als canoniek in concubinaat leven. Een van hen ligt op sterven en man en vrouw willen de onwettige relatie omzetten in een kerkelijk geldig huwelijk. De tijd zal ontbreken om te voldoen aan het staatsbevel om eerst burgerlijk te trouwen.

¹⁷³ VAN WELIE, no. 31, p. 52.

¹⁷⁴ In de vorige eeuw o.a. door D. P. D. FABIUS, *De leer der souvereiniteit*, Leiden, 1878, p. 379. Zie ook DR. A. KUYPER, *De gemeene gratie*, Derde deel, *Het practische gedeelte*, Amsterdam-Pretoria, 1904, p. 367.

¹⁷⁵ Rapport (commissie-Donner) inzake de verhouding tussen de kerkelijke en burgerlijke huwelijksluiting, uitgave Anti-Revolutionaire Partijstichting, 's-Gravenhage, p. 13.

¹⁷⁶ O.c., Tome 1, p. 136.

Derhalve kan het kerkelijk huwelijk slechts ten overstaan van de geestelijke worden gesloten, als deze zich van artikel 449 Sr. niets aantrekt.

De Kerk laat echter partijen, die burgerlijk niet mogen of niet kunnen trouwen niet in de steek; in dergelijke gevallen kan het huwelijk ten overstaan van twee getuigen zonder aanwezigheid van een priester worden voltrokken. Als zeker moet immers worden aangenomen, dat een huwelijk ook zonder medewerking van de pastoor geldig kan worden gesloten, als de burgerlijke wet de assistentie van de geestelijke strafbaar stelt. Canon 1098 ontheft van de verplichting tot inachtneming van de vorm „in facie Ecclesiae”: „si haberi vel adiri nequeat sine gravi incommodo parochus vel Ordinarius vel sacerdos delegatus qui matrimonio assistant ad normam canonum 1095, 1096”. Als zo'n „grave incommodum” wordt nu een voorschrift als van artikel 449 Sr. beschouwd.¹⁷⁷

Doch al voorziet de kerkelijke wet in een oplossing van het conflict, niettemin is de bepaling van artikel 449 Sr. een ernstige aantasting van het eigen recht van de Kerk. Overigens hebben de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. door een zodanige uitleg van canon 1098 wel alle zin verloren: als men burgerlijk kan huwen, laat men het burgerlijk huwelijk zeker niet na. Integendeel.¹⁷⁸ Kan men burgerlijk niet trouwen en is een kerkelijk huwelijk gewenst, dan wordt het kerkelijk huwelijk toch gesloten.

Er is nog een ander bezwaar tegen de burgerlijke eis van prioriteit naar voren gebracht. Vooral de Franse literatuur heeft zich er rond het midden van de vorige eeuw druk mee bezig gehouden. Wat te doen, als een van de partijen (die zijn overeengekomen na het burgerlijk huwelijk kerkelijk te huwen) weigert aan het voltrekken van het kerkelijk huwelijk mede te werken? Dat de weigerachtige echtgenoot - stel de man - niet tot het aangaan van een kerkelijk huwelijk kan worden gedwongen, staat buiten twijfel. Maar is hij van zijn kant gerechtigd om van de „bedrogen” vrouw de nakoming van de verplichtingen te eisen, die de wet aan het huwelijk verbindt? We denken hier aan de plicht tot samenwoning (artikel 161 B.W.). Een directe sanctie op het voorschrift van artikel 161 ontbreekt te onzent,¹⁷⁹ maar daarom houdt artikel 161

¹⁷⁷ Vgl. GASPARRI, Vol II, no 1017, p 142: „Grave autem incommodum quod Pontificia Commissio . . . prae oculis praesertim habuit, erat incommodum proveniens a civili lege”. DR W MULDER, Ontwikkeling van het huweliksrecht na den Codex, in Nederlandsche Katholieke Stemmen, 1937, 37e jaargang, p 176, neemt op grond van de uitspraak van GASPARRI, die voorzitter van de Codex-commissie was, als zeker aan, dat canon 1098 ook doelt op het geval, als waarvan in de tekst hierboven wordt gesproken, zie ook S Congr de Sacram., 24 April 1935, SARTORI, p 290.

¹⁷⁸ Zie hierna p. 198 en p 205. Vgl ook het Rapport betreffende oorzaken en gevolgen van de scheiding tussen kerkelijk en burgerlijk huwelijk, uitgave Centrale Caritas, Maastricht, 1952.

¹⁷⁹ Rb Zwolle 12 April 1876 de fetelijke nakoming van de verplichting tot samenwoning door dwangmaatregelen kan niet worden gevorderd, MR EUG. en MR L. VAN OPPEN, Nederlandsche Pasicrisie, eerste vervolg, nieuwe uitgaaf, no 59, p 267, zie ook Rb Haarlem 24 October 1933, N.J. 1934 p 777 Vgl ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p 104, LAND, 1e deel, p 166, OPZOOMER, 1e deel, p 241 Evenmin heeft de man tegenover de vrouw, die samenwoning weigert, een recht op schadevergoeding Aldus Rb Maastricht 4 December 1873, VAN OPPEN, no 58, p 267, zie ook ASSER-SCHOLTEN, 1e deel, p 104-105 Zie voor Frankrijk PLANIOL-RIPERT, Tome 1, no. 894, p 324.

niet op een rechtsregel te zijn.¹⁸⁰ En bovendien ontbreekt niet elke sanctie.¹⁸¹ De Franse auteurs geven op de vraag, of de vrouw zich in geval de man weigert kerkelijk te trouwen aan de plicht tot samenwoning mag onttrekken, een verschillende antwoord. Sommigen, zoals Sauzet,¹⁸² Batbie¹⁸³ en Thieriet¹⁸⁴ komen tot de conclusie, dat de bedrogen echtgenote rechtens verplicht zal zijn te voldoen aan het voorschrift tot samenwoning. Anderen, zoals Duverger,¹⁸⁵ Glasson¹⁸⁶ en Coin-Delisle¹⁸⁷ en ook wel Planiol¹⁸⁸ zijn van gevoelen, dat de vrouw, zolang de man zijn belofte van een kerkelijke huwelijk niet nakomt, zich aan samenwoningsplicht mag onttrekken. Inderdaad zal o.i. de vrouw niet met de man behoeven samen te leven, omdat van haar redelijkerwijze niet kan worden gevergd die plicht na te komen.¹⁸⁹ Enige auteurs hebben de mening verdedigd, dat het burgerlijk huwelijk, waarop ondanks daartoe gemaakte afspraak het kerkelijk huwelijk niet is gevolgd, kan worden nietig verklaard. Sommigen baseerden de nietigheid op het ontbreken van een „consentement parfait”, omdat de „condition virtuelle, substantielle que la célébration religieuse s'en suivra” niet is vervuld.¹⁹⁰ Anderen achtten het huwelijk nietigverklaarbaar, omdat er gedwaald is in een essentiële (religieuze) kwaliteit van de wederpartij.¹⁹¹ Die mening vond echter geen bijval van de Franse rechtspraak. Deze erkent wel, evenals de Duitse,¹⁹²

¹⁸⁰ Vgl. MR CH J. J. M. PETIT, De burgerlijke rechtstoestand der gehuwde vrouw, Zwolle, 1930, p. 74, van dezelfde schrijver Het wetsontwerp tot opheffing van de handelings-onbekwaamheid van de gehuwde vrouw, in Katholiek Staatkundig Tijdschrift, Februari 1952, p. 425 vlg.; ASSER SCHOLTEN, 1e deel, p. 104, MR J. H. P. BELLEFROID, Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland, Nijmegen-Utrecht, 1937, p. 7. Anders blijkbaar Rb. Zwolle 12 April 1876, in noot 179 aangehaald, die spreekt van een verplichting „van geheel zedelijken aard”.

¹⁸¹ Weigering tot naleving van de samenwoningsplicht kan een grond zijn tot scheiding van tafel en bed, HR 13 Februari 1953, NJ 1953 no. 212. Ook wordt, wanneer de samenwoning zonder voldoende grond wordt geweigerd, de vordering tot onderhoud niet toegewezen Rb. Breda 11 Mei 1943, NJ 1944-1945, no. 547, HR 28 October 1948, NJ no. 154, Rb. Middelburg 8 Maart 1950, NJ 1950 no. 410, HR 14 Augustus 1951, NJ 1951 no. 556, HR 6 Februari 1953, NJ 1953 no. 198. Zie ook Rb. 's-Hertogenbosch 4 Februari 1938, NJ 1938 no. 363.

¹⁸² In zijn *Reflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*, 1853, aangehaald in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome III, 3me Année, Paris, 1853, p. 176. Zie ook MR J. B. BOMANS, *Kerkelijke Politiewetten*, Hilversum, 1925, p. 90.

¹⁸³ In *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XXX, 17me année, Paris 1867, p. 52 en 53.

¹⁸⁴ In zijn *Mariage civil, mariage religieux*, in: *Revue de législation et de jurisprudence*, 12me année de la publication, Année 1846, Tome 3, Paris 1846, p. 171-172.

¹⁸⁵ *Observations sur le mémoire de M. Batbie intitulé Révision du Code Napoléon*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XXVIII, 16me année, Paris, 1866, p. 317 vlg.

¹⁸⁶ *Le mariage religieux et le mariage civil*, in *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, Année 1875, Paris, 1875, p. 338.

¹⁸⁷ *Sur le refus entre époux de bénédiction nuptiale*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome III, 3me année, Paris, 1853, p. 177.

¹⁸⁸ Tome I, no. 897, p. 326 „le devoir pour chaque époux d'habiter avec l'autre est conditionnel en ce sens qu'il est subordonné à l'accomplissement de toutes les obligations qui dérivent du mariage”.

¹⁸⁹ Vgl. HR 14 Augustus 1951, NJ 1951 no. 556.

¹⁹⁰ Aldus DELPECH, wiens mening wordt vermeld door G. BRESSOLLES, *Mariage religieux, mariage civil*, Nullité, in *Revue de législation et de jurisprudence*, 12me année de la publication, Année 1846, p. 149 vlg.

¹⁹¹ BRESSOLLES, p. 154, MARCADE, *Mariage civil, mariage religieux*, Sens de l'article 180 C.c., in *Revue de législation et de jurisprudence*, 12me Année de la publication, nouvelle éd., Année 1846, Tome 3, Paris, 1846, p. 342 vlg., zie ook zijn *Explication*, Tome I, p. 482.

¹⁹² Zie voor de Duitse jurisprudentie GODIN, Aantekening 5 op § 43 van de wet van 1946. Onder

de mogelijkheid van huwelijksontbinding door echtscheiding.¹⁸³ Te onzent zal het bedrogen meisje slechts scheiding van tafel en bed kunnen verkrijgen.¹⁸⁴ Maar toch zullen de moeilijkheden, waarin het meisje als gevolg van het misbruik van vertrouwen der wederpartij is komen te verkeren, veelal wel tot een oplossing kunnen worden gebracht. Zij kan de H. Soel immers vragen om het slechts burgerlijk aangegaan huwelijk „in radice” te saneren. Wordt het huwelijk door „sanatio in radice” geconvalideerd, dan is er ook kerkelijk een huwelijk, zodat er van de kant van de vrouw geen godsdienstig bezwaar meer kan bestaan met de man samen te leven.¹⁸⁵

§ 6. DE WAARDERING DOOR KERK EN STAAT VAN ELKAARS HUWELIJK.

Ofschoon de Kerk het voor de ambtenaar van de burgerlijke stand gesloten huwelijk van Katholieken¹⁸⁶ niet als een geldig huwelijk erkent, toch acht de Kerk het burgerlijk huwelijk van Katholieken niet zonder belang en betekenis.

Het is volgens de moraal-theologen der Kerk niet slechts zedelijk geoorloofd, dat de Katholieken het burgerlijk huwelijk aangaan, doch deze hebben daartoe in de regel ook de zedelijke plicht.¹⁸⁷ Vanzelfsprekend zijn de Katholieken nòch gerechtigd nòch gehouden burgerlijk te trouwen om het huwelijk zelf; de Katholiek, die de bedoeling heeft om voor de ambtenaar van de burgerlijke stand een waar huwelijk te sluiten, zou een zware zondenschuld op zich

„ehrlöses oder unsittliches Verhalten” (§ 43) valt ook de weigering van de man om een kerkelijk huwelijk aan te gaan, als uitdrukkelijk of stilzwijgend is overeengekomen om ook kerkelijk te trouwen.

¹⁸³ De weigering om kerkelijk te trouwen vormt een „injure grave” (artikel 231 C c.). Zie voor de jurisprudentie PLANIOL-RIPERT, Tome 1, no. 1169, p. 413.

¹⁸⁴ Rb Maastricht 28 Februari 1946, NJ 1946 no. 661.

¹⁸⁵ Zie voor de sanatio in radice de canones 1138-1141. Als voorwaarden voor de sanatio, die alleen door de H. Stoel kan worden verleend (canon 1141), gelden 1° Het moet gaan over verhoudingen, die de schijn van een huwelijk hebben Daartoe is ook het enkel burgerlijk gesloten huwelijk te rekenen, niet een puur, ook burgerlijk, concubinaat (KNECHT, p. 746, zie de kerkelijke beslissingen dienaangaande door KNECHT, p. 746 noot 1, aangehaald) 2° De nietigheid van het huwelijk moet voortkomen uit een positiefkerkelijk beletsel, waarin dispensatie kan worden verleend, ofwel berusten op een vormgebrek 3° Er moet eenmaal een minstens natuurrechtelijk geldige huwelijkswil door beide partijen zijn geuit en op het moment der sanatio nog voortbestaan 4° De sanatio moet gevorderd worden door een gewichtige en dringende reden Een dergelijke reden is aanwezig, wanneer een van partijen blijft volharden in zijn weigering kerkelijk te trouwen (KNECHT, p. 747)

¹⁸⁶ D w z aangegaan hetzij tussen twee Katholieken, hetzij tussen een Katholiek en een ongedoopte of een gedoopte niet-Katholiek. Vgl. canon 1099

Het burgerlijk huwelijk, gesloten door een ongedoopte met een buiten de Kerk gedoopte, die nooit tot de Kerk is overgegaan, geldt ook naar Katholieke opvatting als een waar huwelijk, het huwelijk tussen deze twee personen moet zelfs in de burgerlijke vorm worden aangegaan. Vgl. hiervoor p. 154 Ook het burgerlijk huwelijk tussen twee personen, die buiten de Kerk zijn gedoopt en die nooit tot de Kerk zijn overgegaan, beschouwt de Kerk als een geldig huwelijk. Nochtans zijn deze gedoopten canoniekrechtelijk niet verplicht in de burgerlijke vorm te trouwen. Ook wanneer zij op andere wijze een „consensus naturaliter sufficiens” tot uitdrukking brengen, gelden zij kerkrechtelijk als gehuwd. Vgl. L. BUIJS, De matrimonii acatholicorum baptizatorum, Periodica de re morali canonica liturgica, 1948, p. 239, DE SMET, no. 461, p. 402

¹⁸⁷ Vgl. E GENICOT, Theologiae moralis institutiones, ed. 5a, Vol. II, Lovanii, 1905, no. 508, p. 567.

laden.¹⁹⁸ Doch de Katholieken zijn op de eerste plaats verplicht het burgerlijk huwelijk aan te gaan om voor henzelf en hun kinderen de burgerlijke huwelijksgevolgen deelachtig te worden. Partijen zouden zowel ten opzichte van elkaar als ten opzichte van de kinderen ernstig in gebreke zijn, indien zij de sluiting van het op zich niet zondige burgerlijk huwelijk¹⁹⁹ zouden nalaten en daardoor elkaar en hun kinderen zouden verstoken houden van de gevolgen, die de burgerlijke wet aan het burgerlijk huwelijk verbindt: partijen zouden door de staat niet als gehuwd worden beschouwd, de kinderen niet als wettig. Overigens zullen de Katholieken in Nederland zich in de regel feitelijk niet tot het kerkelijk huwelijk kunnen beperken. Door het Provinciaal Concilie van Utrecht is immers in 1924 bepaald, dat de pastoors niet mogen medewerken aan de voltrekking van een huwelijk, als partijen vooraf niet het burgerlijk huwelijk hebben gesloten.²⁰⁰

De Kerk eist de burgerlijke huwelijksluiting evenwel niet slechts, omdat zonder het burgerlijk huwelijk de burgerlijke huwelijksgevolgen niet worden toegekend. Nog om een andere reden vordert Zij, dat partijen, indien mogelijk, het burgerlijk huwelijk zullen aangaan: het burgerlijk huwelijk betekent namelijk in feite dikwijls een bescherming van de sacramentele huwelijksband. Zijn betrokkenen slechts kerkelijk gehuwd, dan zullen zij met een ander dan de kerkelijke echtgenoot een (overspeling) burgerlijk huwelijk kunnen aangaan. Zijn zij echter met elkaar ook burgerlijk getrouwd, dan kunnen zij wel in een overspelige verhouding gaan samenleven, maar zij zullen er minder gemakkelijk toe overgaan.

In het licht van het streven der Kerk om het sacramentele huwelijk te beveiligen tegen het gevaar van overspelige verhoudingen moet ook het voorschrift van het Nederlands Episcopaat worden gezien, volgens hetwelk het Katholieken verboden is burgerlijke echtscheiding te vorderen zonder uitdrukkelijk verlof van de bisschop.²⁰¹ Weliswaar is de burgerlijke echtscheiding kerkrechtelijk zonder waarde, doch zij mag ook door Katholieken niet worden gevraagd, omdat zij „voor de echtgenoten persoonlijk een voor het geweten ongeoorloofde samenleving (vergemakkelijkt) door de gelegenheid te openen tot het aangaan van een nieuw burgerlijk huwelijk”.²⁰²

Canoniek-strafrechtelijk is het burgerlijk huwelijk van betekenis, omdat kerk-

¹⁹⁸ GENICOT, Vol II, no. 508, p. 566

¹⁹⁹ Niet-zondig, mits partijen niet intendeerden een werkelijk huwelijk te sluiten. Vgl. VAN WELIE, no. 31, p. 52.

²⁰⁰ P. 199. Een gelijk verbod legde het Provinciaal Concilie van Mechelen (no. 80) op aan de geestelijkheid van België.

De verplichting tot het aangaan van het burgerlijk huwelijk bestaat ook dan, wanneer een weduwe door burgerlijk te hertrouwen haar weduwnpensioen zou verliezen. Aldus een beslissing van S.C. de Disc. Sacram., 2 Juli 1917 (SARTORI, p. 306). Naar Nederlands recht zal het achterwegelaten van het burgerlijk huwelijk de weduwe weinig baten tot het behouden van haar pensioen, nu de Pensioenwet sinds 1934 bepaalt (artikel 112a), dat het weduwnpensioen niet wordt uitbetaald over de tijd, gedurende welke zij in concubinaat leeft.

²⁰¹ Richtlijnen van het Nederlands Episcopaat inzake Procedures betreffende burgerlijke echtscheiding en scheiding van tafel en bed, Uitgave van het Landelijk Secretariaat der Katholieke Actie, Heemstede, 1951, B, no. 2.

²⁰² Richtlijnen (noor 201), B, no. 1.

rechtelijk het delict van bigamie ook gepleegd wordt, wanneer men een burgerlijk huwelijk sluit met een ander dan de kerkelijke echtgenoot.²⁰³

Al wijst de Kerk de enkel burgerlijke huwelijksluiting door Katholieken als een ongeldig huwelijk af, toch is deze kerkrechtelijk van betekenis, omdat, zoals we reeds zagen,²⁰⁴ het burgerlijk huwelijk „in radice” kan worden gesaneerd.

Tenslotte moge nog worden vermeld, dat door de sluiting van een burgerlijk huwelijk het beletsel van misdaad kan ontstaan²⁰⁵ en uit een door samenleving gevolgd burgerlijk huwelijk het beletsel van openbare eerbaarheid.²⁰⁶

Van zijn kant toont de staat zich niet geheel onverschillig ten opzichte van het kerkelijk huwelijk.

Voor de rechtbank van Amsterdam gold het te Parijs voor een rabbi gesloten religieus huwelijk als een geldig (zij het vernietigbaar) huwelijk.²⁰⁷ In casu was er volgens de rechtbank sprake van een huwelijk, dat als bestaand moest worden aangemerkt, omdat „de zich als huwelijk voordoende handeling redelijkerwijze als zodanig (kon) worden aangezien”, „nu de toegepaste huwelijksvorm voor den man in zijn eigen land de geldige zou zijn geweest en voor de vrouw in ieder geval met haar kerkelijke gezindte strookte”. Aangezien de nietigverklaring van het huwelijk niet door de rechter was uitgesproken, beschouwde de Amsterdamse rechtbank het huwelijk als bestaand en kende zij er ook de gevolgen van een huwelijk aan toe (wettigheid der kinderen). Als naar Nederlands internationaal privaatrecht moet worden aangenomen, zoals de rechtbank in zijn vonnis leert, dat „wat als huwelijk kan worden aangezien” slechts vernietigbaar is, dan zal een canoniek huwelijk, dat b.v. in Frankrijk tussen een Nederlandse Katholieke vrouw en een Spaanse Katholieke man wordt voltrokken ook naar Nederlands recht als huwelijk gelden, zolang het niet is vernietigd.

Zoals we zagen,²⁰⁸ moet de weigering van een van partijen (stel: de man) om ook kerkelijk te trouwen als een buitensporigheid worden aangemerkt, wanneer bij de andere partij (stel: de vrouw) het vertrouwen is gewekt, dat na de sluiting van het burgerlijk huwelijk tot de voltrekking van het kerkelijk huwelijk zou worden overgegaan. De vrouw zal zich rehtens aan haar huwelijksplichten (zoals van samenwoning en van geslachtelijke omgang) mogen onttrekken. Zij zal ondanks haar weigering tot samenwoning aanspraak kunnen maken op onderhoud door de man, hoewel zij „slechts” uit godsdienstig motief weigert met de man samen te wonen, n.l. omdat zij zich in geweten door het ontbreken van het kerkelijk huwelijk nog niet getrouwd acht. Katholieke Nederlanders, die in het buitenland in het huwelijk willen tre-

²⁰³ Canon 2356.

²⁰⁴ Hiervóór p. 197.

²⁰⁵ Canon 1075; hiervóór p. 179.

²⁰⁶ Canon 1078; hiervóór p. 180, noot 117.

²⁰⁷ 6 November 1941, N.J. 1942 no. 183; vgl. hiervóór p. 159, noot 13.

²⁰⁸ Hiervóór p. 197, noot 194.

den en daar niet anders dan kerkelijk kunnen trouwen, zullen ook naar Nederlands recht door het aangaan van het kerkelijk huwelijk als gehuwd worden aangemerkt. En als men mag aannemen, dat een door Nederlandse Katholieken in Italië gesloten canoniek huwelijk²⁰⁹ een huwelijk is in de zin van artikel 138 B.W., dan kent de Nederlandse wet aan een facultatief kerkelijk huwelijk de gevolgen van een burgerlijk huwelijk toe.

In onze voorgaande beschouwingen zagen we, dat als gevolg van de dualiteit van het canoniek en burgerlijk huwelijk feitelijke bigamie kan ontstaan: partijen zijn zowel kerkelijk als burgerlijk gehuwd; het burgerlijk huwelijk wordt b.v. ontbonden, terwijl het kerkelijk huwelijk blijft voortbestaan; beide partijen of één van hen hertrouwen burgerlijk met een ander dan de kerkelijke echtgenoot. Men zou kunnen verwachten, dat de staat in een dergelijk geval aan de godsdienstige appreciatie van het tweede burgerlijk huwelijk (kerkrechtelijk een concubinaat en overspeling) in civilibus geen gevolgen zal toekennen. Toch is dit niet steeds het geval, zoals de bekende „Bossche zaak” leert. Een ook voor de Kerk gehuwde R. K. moeder werd na burgerlijke echtscheiding uit de voogdij over haar kinderen ontzet. De vrouw hertrouwde burgerlijk (kerkelijk overspelig) met een Protestantse man en vroeg nadien herstel in de voogdij. De rechtbank van Den Bosch willigde haar verzoek evenwel niet in. De moeder werd, nu zij kerkelijk in concubinaat leefde, niet bekwaam geacht haar Katholieke kinderen uit het eerste huwelijk een goede Katholieke opvoeding te geven.²¹⁰ Ook de Hoge Raad handhaafde de door het Hof van Den Bosch in appèl bevestigde beslissing van de rechtbank.²¹¹

²⁰⁹ Vgl. hiervoor p. 132 vlg

²¹⁰ Rb. 's-Herogenbosch 19 Juni 1928, N J 1928, p. 1632, vgl. MR J. OVERWATER, Herstel in voogdij, in Tijdschrift voor armwezen, maatschappelijke hulp en kinderbescherming, 1929, p. 1952 vlg en p. 1945 vlg, MR J. C. VAN OVEN, Ouderlijke macht en godsdienst, II, Nederlandsch Juristenblad, 1929, p. 259 vlg, MR H. J. VAN LEEUWEN, Ouderlijke macht en voogdij, Nederlandsch Juristenblad, 1929, p. 304 vlg, MR CH. PETIT, De godsdienst in de rechtstoepassing, Themis, 1951, p. 315-316

²¹¹ H R 10 December 1928, N J 1929, p. 275 met noot van P. SCHOLTEN

HOOFDSTUK III.

DE OPLOSSING VAN DE DUALITEIT VAN KERKELIJK EN BURGERLIJK HUWELIJK.

Tot slot van onze beschouwingen dienen wij de vraag te beantwoorden, in hoeverre in Nederland de eenheid van het huwelijk, door de étatistische wetgever in overeenkomst en sacrament „uiteengescheurd”,¹ kan worden hersteld. Kan de antagonie tussen de twee zonnen, waarvan Dante sprak (*Purgatorio*, 16, 107), tot een oplossing worden gebracht?

Voor de Katholieken zal ongetwijfeld een oplossing welkom zijn, die naar hun beschouwing neerkomt op een vooruitgang, vergeleken met de bestaande tweespalt tussen de wetgevingen der beide souvereinen, Kerk en staat. Zij zullen een regeling kunnen aanvaarden, die, al worden niet alle verlangens van de Kerk ingewilligd, de dualiteit - zij het slechts gedeeltelijk - opheft. De Katholiek moet er begrip voor hebben, dat voor Nederland met zijn van belijdenissen zo ruim voorziene staalkaart² een volledige erkenning van het kerkrecht door de staat praktisch niet mogelijk is.

Maar van de staat mag worden verwacht, dat hij het onweerlegbare feit niet negeert, dat ongeveer twee vijfde deel van de bevolking in het door het kerkrecht geregelde huwelijk het eigenlijke huwelijk ziet. De staat moet toch blijk geven van zoveel realiteitszin, dat hij erkent, dat zijn wetgeving niet geldt voor burgers zonder meer, maar voor burgers met een bepaalde levensbeschouwing, en voor een groot deel met zeer bepaalde godsdienstige opvattingen over het huwelijk.

Dat de dualiteit zoveel mogelijk wordt opgeheven, is zonder twijfel alleszins gewenst. Er zal evenwel een oplossing moeten worden nagestreefd, die aan de ene kant geen nadelen te voorschijn roept, welke haar voor de Kerk onaanvaardbaar maken, en die aan de andere kant geen inbreuk maakt op beginselen, die de staat onder geen beding zal willen prijsgeven. Nu zal de staat de burgerrechtelijke bepalingen inzake de materiële huwelijksvereisten vooralsnog als van openbare orde blijven beschouwen, zodat deze altijd toepassing moeten vinden. Er zal voor hem geen huwelijk kunnen zijn, wanneer er volgens de burgerlijke wet geen huwelijk mogelijk is. Evenmin zal de Nederlandse staat een kerkrechtelijke ontbinding van het huwelijk erkennen, zo deze door de burgerlijke wet niet wordt toegestaan. Daarom zal de staat er op blijven staan, dat zijn eigen burgerlijke huwelijksregeling - met uitzondering van de vormvoorschriften, waaronder dat van de sluiting ten overstaan van de

¹ Vgl. de encyclick „*Arcanum*”, no. 38.

² PETIT in zijn: *De godsdienst in de rechtstoepassing*, Themis, 1951, p. 307.

ambtenaar van de burgerlijke stand - onverkort van kracht blijft. Vervolgens zal de Nederlandse staat nimmer het standpunt willen verlaten, volgens hetwelk de burger, welke zijn godsdienstige belijdenis ook is, een recht heeft om te trouwen, als hij aan de voorwaarden van de staatswet voldoet. Hij zal de Katholieken niet (en evenmin de leden van andere kerkgenootschappen) obligatoir aan hun kerkrecht binden. Want de te onzent erkende vrijheid van godsdienst brengt voor allen mede, dat niemand burgerrechtelijk aan zijn kerkelijk huwelijksrecht is gebonden, als hij dat zelf niet wil. Geen voorstel tot opheffing van de dualiteit zal voor de staat aanvaardbaar zijn, als niet door de voorgestane oplossing deze beginselen van openbare orde en godsdienstvrijheid ten volle worden gerespecteerd. De opheffing van de tweespalt zal daarom niet volledig kunnen zijn; een compromis is het maximaal bereikbare.

1. Uit het voorgaande blijkt, dat het praktisch onmogelijk is om in Nederland het Katholieke ideaal te verwezenlijken, volgens hetwelk het huwelijk van gedoopten geheel aan de Kerk ter regeling wordt overgelaten. Evenmin zal het mogelijk zijn de Kerk exclusieve zeggenschap toe te kennen enkel ten aanzien van het huwelijk tussen leden van het Katholieke kerkgenootschap. Daarom moet de oplossing van de dualiteit niet gezocht worden in de richting van het systeem van het exclusief religieus huwelijk. Ook het stelsel van het voor sommigen exclusief religieus, voor de overigen exclusief burgerlijk huwelijk is niet te aanvaarden; evenmin dat van het cumulatief burgerlijk en religieus huwelijk als het wettelijke stelsel.³

2. De Kerk zou de eenheid van het huwelijk kunnen bevorderen door de eis van sluiting „coram paracho” te laten vallen ook voor die gedoopten, die thans aan de canonieke vorm zijn gebonden.⁴ Deze oplossing zou neerkomen op een terugkeer naar het vóór-Trentse recht. De Katholieken kunnen dan weliswaar zonder inachtneming van enige vorm geldig trouwen, doch in de praktijk zal de huwelijks toestemming gegeven worden ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Zo zouden partijen door voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te trouwen ook kerkelijk als gehuwd worden beschouwd.

RENDU⁵ heeft een hervorming van de kerkelijke discipline in deze zin gesuggereerd. Ook THEZARD⁶ beschouwde die hervorming als de meest eenvoudige en voor de hand liggende oplossing van de dualiteit: door de burgerlijke huwelijksvorm als vorm van het sacrament te erkennen zou de Kerk geen enkele dogmatische waarheid veranderen. Inderdaad is het voorschrift van de huwelijks sluiting „in facie Ecclesiae” slechts disciplinair van aard; maar

³ Zie hiervóór p. 85, 87 vlg., 109 en 111 vlg.

⁴ Zie canon 1099; vgl. hierboven p. 197 noot 196.

⁵ In zijn: *Réflexions sur quelques parties de notre législation civile*, aangehaald door DANIEL, p. 224.

⁶ *Le mariage civil*, in: *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Année 1877, p. 560.

tot het laten vervallen van dit voorschrift met als praktisch gevolg de „verburgerlijking” van het sacrament zal de Kerk zeker niet willen overgaan. Dat de Kerk niet bereid is tot concessies in deze, is o.a. wel gebleken, toen het Tweede Concilie van Baltimore in 1867 verzocht om het „impedimentum clandestinitatis” voor het Amerikaanse gebied af te schaffen.⁷ De H. Stoel gaf de Amerikaanse geestelijkheid n.l. te verstaan, dat dit verzoek niet kon worden ingewilligd.

Dat standpunt van de Kerk is alleszins begrijpelijk. De geringe voordelen toch van het voorstel van Rendu en Thézard zullen geenszins opwegen tegen de nadelen, die er aan zijn verbonden. Zal het heilige, het sacramentele karakter van het huwelijk niet uit de gedachten raken, als men de weg naar de kerk overbodig maakt? Men kan trouwens van de Kerk moeilijk verwachten, dat Zij zal medewerken aan een oplossing, die van Haar wel niet een principiële erkenning van de pretenties van de staat vergt, maar die toch feitelijk hierop neerkomt, dat de Kerk zich bij de secularisatie van het huwelijk neerlegt.⁸

Daarenboven kan nog als bezwaar tegen de suggestie van Thézard en Rendu naar voren worden gebracht, dat deze geen oplossing brengt van de voornaamste moeilijkheden, die uit de spanning tussen de burgerlijke en kerkelijke wetgeving voortkomen. Immers, alléén de dualiteit van vorm zou zijn opgeheven. De tweespalt wat betreft de materiële vereisten en de mogelijkheden van huwelijksontbinding zou blijven. En juist deze brengt, naar wij zagen, de ernstigste conflicten voort.

3. De oplossing kan ook niet hierdoor worden gebracht, dat de staat de priester tevens als ambtenaar van de burgerlijke stand laat fungeren. De dualiteit van vorm wordt dan wel vermeden; het voor de geestelijke-ambtenaar voltrokken huwelijk heeft in dat geval immers de burgerlijke gevolgen en geldt tegelijkertijd als huwelijks sacrament. Maar, evenals bij het plan-Rendu, zou voor het overige de spanning tussen de beide wetgevingen volledig blijven voortbestaan. „J'attacherais peu de prix à cette restauration de surface, qui accroîtrait la charge des pasteurs, sans grand profit pour les fidèles”, zei zeer terecht Daniel.⁹

Bovendien zou de geestelijke voor een conflict van plichten kunnen komen te staan. Wat moet hij doen, als de burgerlijke wet zich niet tegen het voorgenomen huwelijk verzet, doch het kerkrecht wèl? Deze moeilijkheid is nog wel op te lossen, doordat de staat hem de vrijheid zou kunnen laten in een dergelijk geval zijn assistentie te weigeren.¹⁰ Partijen zouden dan op de medewerking van de „gewone” ambtenaar van de burgerlijke stand zijn aangewezen. Maar hoe zal het conflict worden opgelost, als het huwelijk kerkelijk wèl, doch burgerlijk niet mag worden gesloten? Een voor een dergelijk geval

⁷ ALLEGRE, Tome, 1, p. 140; DANIEL, p. 226.

⁸ Vgl. ALLEGRE, Tome 1, p. 140.

⁹ p. 228.

¹⁰ Zoals in Quebec het geval is; vgl. hiervóór p. 101.

aan de geestelijke door de staat opgelegd assistentie-verbod is voor de Kerk onaanvaardbaar. Van burgerlijk standpunt gezien, kan men o.i. van de staat moeilijk verwachten, dat hij goedkeurt, dat de geestelijke, die tevens ambtenaar van de staat is, medewerkt aan de voltrekking, van een huwelijk, hetwelk de staat verbiedt.

4. Zal het stelsel van cumulatief burgerlijk en kerkelijk huwelijk - en wel als keuzestelsel - de oplossing van het probleem kunnen brengen? BATBIE heeft dit systeem in zijn „Révision du Code Napoléon” aangeprezen. Hij stelde voor om de artikelen 199 en 200 Code pénal af te schaffen en aan de Code civil een nieuwe bepaling toe te voegen, die hierop neerkomt: de ambtenaar van de burgerlijke stand zal partijen vragen, of zij voornemens zijn kerkelijk te trouwen en of zij de gelding van het burgerlijke huwelijk willen doen afhangen van de feitelijke voltrekking van het kerkelijk huwelijk; als partijen daarop bevestigend antwoorden, zal het huwelijk burgerrechtelijk pas gelden, als in de burgerlijke huwelijksakte het feit van de kerkelijke huwelijksvoltrekking is vermeld.¹¹ Batbie bedoelde met zijn voorstel het meisje te beschermen tegen de kwade trouw van de man, die ondanks het daartoe gewekt vertrouwen weigert een kerkelijk huwelijk aan te gaan. Het plan-Batbie heeft ongetwijfeld enkele voordelen. Maar daartegenover staat, dat dit plan met zijn huwelijksluiting „en trois actes”¹² de dualiteit in belangrijke mate laat voortbestaan: als het huwelijk burgerlijk wordt ontbonden door echtscheiding, zal kerkelijk het beletsel van bestaande band zich tegen een hertrouwen door partijen verzetten. Daarenboven: zal ook het burgerlijk huwelijk ongeldig zijn, als achteraf blijkt, dat het kerkelijk huwelijk ongeldig is? Batbie beantwoordde deze vraag ontkennend en wilde zelfs uitdrukkelijk bepaald zien, dat voor dat geval de kerkelijke ongeldigheid aan de geldigheid van het burgerlijk huwelijk niet afdoet.¹³ Maar dan is men, gelijk thans reeds, burgerlijk gehouden tot een samenleving die kerkelijk een concubinaat is.

5. Bij herhaling is er reeds op aangedrongen, dat de staat zal overgaan tot afschaffing van de bepalingen van de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. Zou de staat hiertoe besluiten, dan worden inderdaad de belemmeringen weggenomen om ten overstaan van de pastoor kerkelijk te trouwen ook in die gevallen, dat een burgerlijk huwelijk niet kan worden aangegaan. Het kerkrecht is dan niet langer ondergeschikt aan de burgerlijke wet, de Kerk niet aan de staat. Het burgerlijk huwelijk zal dan na het kerkelijk huwelijk kunnen worden gesloten en de betekenis krijgen van een registratie van wat kerkelijk is geschied. „In extremis” zal kerkelijk „coram parocho” kunnen worden getrouwd,

¹¹ Zie Réponse à M. Duverger à propos de la Révision du Code Napoléon, Première lettre, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXX, 17^{me} année, Paris. 1867, p. 56 vlg.

¹² De uitdrukking is, menen wij, van DUVERGER.

¹³ In Revue critique, aangehaald in noot 11.

zonder dat de assisterende geestelijke de kans beloopt voor zijn geestelijke bediening te worden gestraft.

Doch, moet niet als nadeel, aan de afschaffing van de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. verbonden, worden genoemd, dat partijen slechts kerkelijk zullen trouwen? De angst van de wetgever, dat partijen de sluiting van het burgerlijk huwelijk zouden nalaten, was, zoals we zagen, de praktische grond voor de strafbepaling van artikel 449 Sr. Er zal, zo die vrees nog gerechtvaardigd is, een groep van burgers ontstaan, die burgerlijk niet zijn gehuwd, wier kinderen onwettig zijn. Zou daarom de afschaffing van de genoemde artikelen het gehele instituut van het burgerlijk huwelijk niet aan het wankelen brengen, een risico, dat de staat niet gaarne zal lopen? Wij geloven niet, dat deze bedenkingen gegrond zijn. Het is immers niet te verwachten, dat partijen zich tot het kerkelijk huwelijk zullen bepalen, als de eis van prioriteit niet langer geldt. De Kerk zal de Katholieken wel blijven herinneren aan hun zedelijke plicht om ook het burgerlijk huwelijk aan te gaan. Maar is bovendien te vrezen, dat de Katholieken uit ideologisch motief, uit afkeer van het staats-huwelijk, de burgerlijke stand zullen versmaden, meer belasting zullen betalen en sociale voorzieningen zullen afwijzen? Heden ten dage lijkt het gevaar juist groter, dat men het kerkelijk huwelijk achterwege laat dan dat men zich onttrekt aan de sluiting van het burgerlijk huwelijk.

Nu zou men nog kunnen opwerpen, dat nog altijd het bezwaar blijft gelden in de aanvang van dit nummer genoemd, dat kerkelijk kan worden getrouwd, zonder dat het burgerlijk huwelijk kan worden gesloten. Doch deze bedenking mist iedere reële zin. Immers dan - wanneer het burgerlijk huwelijk niet mogelijk is - kan men ook thans reeds een kerkelijk huwelijk aangaan, wel niet ten overstaan van de pastoor, doch, onder toepassing van canon 1098, alleen in het bijzijn van getuigen. De afschaffing van genoemde artikelen heeft dus maatschappelijk geen nadelige consequenties.

Zoals wij gezien hebben, betekent het intrekken van het verbod van de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. ongetwijfeld een vooruitgang, maar een dubbele huwelijksvorm blijft bestaan, gelijk ook de dualiteit van materiële huwelijksvereisten en mogelijkheden van ontbinding in genen dele is opgelost. Juist de ernstigste bezwaren van het dubbele huwelijk worden niet opgeheven.

6. De oplossing, welke wij voor Nederland voorstaan, gaat aanzienlijk verder dan de plannen tot revisie, die wij hierboven, onder 2-5, bespraken. Het lijkt ons mogelijk om niet alleen de dualiteit van huwelijksvorm op te heffen, maar ook - althans gedeeltelijk - die der canonieke en burgerlijke materiële huwelijksvereisten en mogelijkheden van ontbinding. De staat zal bij verwezenlijking van ons voorstel nochtans niet de hiervóór (p. 201-202) besproken beginselen van openbare orde en godsdienstvrijheid behoeven prijs te geven. De door ons voorgestane oplossing gaat in de richting van het Italiaanse stelsel van facultatief canoniek huwelijk,¹⁴ met welk stelsel ook het plan van

¹⁴ Vgl. hierboven p. 132 vlg.

VAN MEEUWEN,¹⁵ waarmee het onze in meerdere opzichten overeenstemt, verwantschap vertoont. Ook wij zijn voorstanders van een keuze-huwelijk. In hoofdzaak komt ons voorstel hierop neer:

De staat kenne aan het in de canonieke vorm gesloten huwelijk onder bepaalde voorwaarden de gevolgen van een burgerlijk huwelijk toe. Wat de vorm van de huwelijksluiting betreft late men de Katholieken (alsmede de niet-Katholieken, die met een Katholiek willen trouwen) de keuze tussen de canonieke en burgerlijke vorm. In verband met de mogelijkheid van zulk een keuze worden de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. afgeschaft. Kiezen partijen het kerkelijk huwelijk, dan is op dit huwelijk ook civiliter het canoniek huwelijksrecht van toepassing, niet alleen wat de vorm betreft, maar ook wat de materiële vereisten en mogelijkheden van ontbinding aangaat. Evenwel kan volgens de rechtsbeginselen van de Nederlandse staat de burgerlijke gelding van het canoniek huwelijk niet uitsluitend hiervan afhangen, dat aan het canoniek recht wordt voldaan. Op het huwelijk zullen mede van toepassing moeten zijn de bepalingen van het burgerlijk huwelijksrecht, voorzover in het belang van de openbare orde en rechtszekerheid vereist; zo zullen voor het kerkelijk huwelijk burgerrechtelijk ook gelden de bepalingen van het B.W., die de materiële vereisten bevatten, en zal het huwelijk civiliter slechts ontbonden kunnen worden in de gevallen, waarin de burgerlijke wet ontbinding toestaat. Voor de Katholieken, die niet kerkelijk kunnen of willen trouwen, blijft door het systeem van facultatief kerkelijk huwelijk de gelegenheid bestaan om het louter burgerlijk huwelijk te sluiten. Degenen, die niet aan de vereisten van de burgerlijke wet voldoen en daarom geen zuiver burgerlijk huwelijk en ook geen kerkelijk huwelijk met burgerlijke gelding kunnen aangaan, zullen na afschaffing van de artikelen 136 B.W. en 449 Sr. in de gewone vorm kerkelijk kunnen trouwen.

Het stelsel van een keuze-huwelijk voor Katholieken is voor de staat alleszins aanvaardbaar. Het is immers met de door de staat aangehangen beginselen van openbare orde en godsdienstvrijheid in het geheel niet in strijd om partijen de keuze toe te staan tussen de kerkelijke en de burgerlijke huwelijksvorm. Maar evenmin kan de staat er op grond van die beginselen bezwaar tegen maken, dat mede het kerkrecht aangaande de toestemming en de beletsel van kracht is, wanneer partijen zelf zulks wensen. De vrijheid van godsdienst zal bij aanvaarding van dit stelsel meer dan ooit worden gerespecteerd. Wanneer partijen het canoniek huwelijk kiezen, zal er volgens ons systeem geen conflict tussen Kerk en staat bestaan, ingeval het huwelijk kerkrechtelijk nietig is, terwijl wel aan de vereisten van de burgerlijke wet wordt voldaan. Dan zal het huwelijk immers ook „in foro civile” ongeldig zijn. Zijn de canonieke essentiële vormvoorschriften niet in acht genomen,

¹⁵ JHR MR P. G. M. VAN MEEUWEN, Nota over het echtscheidingsvraagstuk, bijlage bij: Wetelijke maatregelen tot beperking der veelvuldige echtscheidingen, Rapport van de Commissie-PETIT, ingesteld door het Centrum voor Staatskundige Vorming, uitgave van het Centrum, 1949, p. 14 vlg.

dan is het huwelijk niet enkel kerkrechtelijk, doch ook burgerrechtelijk ongeldig. Dit zal ook het geval zijn, wanneer de toestemming is gesimuleerd of wanneer er een of meer beletselen, die alleen het kerkrecht kent, aan de geldige sluiting in de weg stonden.

Nu ook de burgerlijke wet voor een belangrijk deel toepassing zal moeten vinden, is het zowel voor partijen als maatschappelijk van groot belang, dat vóór de kerkelijke huwelijksluiting komt vast te staan, dat zich uit burgerrechtelijk oogpunt niets tegen de voltrekking van het huwelijk verzet. Om dit te onderzoeken ware het vigerend stelsel betreffende huwelijksaangifte, -afkondiging en -stuiting te behouden. Blijkt er geen beletsel te bestaan, dan dient de ambtenaar van de burgerlijke stand een certificaat van geen bezwaar af te geven. Hierdoor verbindt de staat zich aan het voorgenomen huwelijk de kracht van een burgerlijk huwelijk toe te kennen. Aan partijen moet natuurlijk wel de mogelijkheid worden gelaten om, wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand de afgifte van het certificaat meent te moeten weigeren, een beslissing van de rechter uit te lokken. Is de verklaring van geen bezwaar afgegeven, dan gaan partijen over tot de sluiting van het kerkelijk huwelijk. Hiervan zal door de pastoor een akte moeten worden opgemaakt, welke in de registers van de burgerlijke stand zal worden ingeschreven. Het alsdan ingeschreven canoniek huwelijk zal nu ook burgerrechtelijk gelden, en wel vanaf het ogenblik van de voltrekking ten overstaan van de pastoor. Dat de staat de eis van inschrijving in de registers van de burgerlijke stand stelt, is alleszins te billijken, waar zulks in het belang is van de rechtszekerheid en van een goed geordende burgerlijke stand.

Waar op het canoniek huwelijk enerzijds van toepassing zijn de kerkelijke, anderzijds de burgerlijke geldigheidsbepalingen, spreekt het vanzelf, dat het oordeel, over de vraag, of de bij de inschrijving verkregen burgerrechtelijke erkenning van het huwelijk kan worden gehandhaafd, toekomt zowel aan de kerkelijke rechter als aan de burgerlijke. De kerkelijke rechter zal hebben te beslissen, of aan de canonieke bepalingen is voldaan; houdt zijn uitspraak nietigverklaring van een huwelijk in, dan zal aan die uitspraak ook in civilibus rechtskracht moeten worden toegekend. Ter verkrijging van burgerlijk effect zal het vonnis moeten worden ingeschreven in de lopende huwelijksregisters van de burgerlijke stand en zal aantekening van dat vonnis moeten worden gemaakt op de kant der inschrijvingsakte van het huwelijk. Daarentegen beslist de burgerlijke rechter, of aan de geldigheidsvoorschriften van de burgerlijke wet is voldaan. Zou de rechter doorhaling van de inschrijvingsakte gelasten, dan zal dit ten gevolge hebben, dat het canoniek huwelijk de kracht van een burgerlijk huwelijk verliest. Wanneer het huwelijk kerkrechtelijk wel geldig is, blijft het „in foro ecclesiastico” vanzelfsprekend voortbestaan. Op dit punt is de dualiteit volgens ons systeem niet tot een oplossing te brengen.

In welke gevallen zal het burgerlijk ingeschreven canoniek huwelijk „in foro civili” kunnen worden ontbonden? Het is duidelijk, dat de ontbindingsmoge-

lijkheden niet verder mogen gaan dan het canoniek recht toelaat. Partijen hebben door hun keuze van het kerkelijk huwelijk afstand gedaan van de ontbindingsmogelijkheden van de burgerlijke wet, voorzover die strijden met het kerkrecht. De staat zal zich met een dergelijke beperking van de mogelijkheden van ontbinding zeker kunnen verenigen. De moeilijkheid, dat er volgens de burgerlijke wet ontbinding mogelijk is en volgens de kerkelijke niet, kan zich derhalve niet voordoen. Wel kan het voorkomen, dat men kerkelijk kan scheiden, doch burgerrechtelijk niet. We denken hier aan het „*mattrimonium ratum sed non consummatum*”, dat kerkelijk voor ontbinding vatbaar is wegens een „*iusta causa*” (canon 1119; hierboven p. 192), die burgerrechtelijk geen echtscheidingsgrond is. Evenwel zal deze controverse doorgaans slechts in theorie zich kunnen voordoen, omdat, wanneer beide partijen echtscheiding wensen, de huidige rechtspraktijk deze mogelijk maakt. Wordt het canoniek huwelijk kerkrechtelijk ontbonden, dan zal deze ontbinding „*in foro civili*” eerst van kracht mogen zijn, wanneer de burgerlijke rechter uitspraak heeft gedaan, dat het huwelijk ook burgerrechtelijk als ontbonden moet worden beschouwd; de rechter zal een dergelijke uitspraak slechts mogen doen, wanneer volgens het burgerlijk recht ontbinding mogelijk is. Ten bewijze van de kerkrechtelijke ontbinding zullen betrokkenen aan de rechter hebben over te leggen een verklaring van de kerkelijke overheid, waaruit het feit van de ontbinding „*in foro ecclesiastico*” blijkt. Zonder een dergelijke verklaring zullen partijen dan ook niet ontvankelijk moeten worden verklaard.¹⁶

Bij scheiding van tafel en bed ware een met die van huwelijksontbinding overeenkomende procedure te volgen. Ook te dien aanzien zal als beginsel gelden, dat burgerrechtelijk slechts scheiding van tafel en bed mogelijk is, als zij door de Kerk wordt toegestaan.

De verwachting lijkt ons gerechtvaardigd, dat de grote meerderheid der Katholieken haar keuze zal laten vallen op het kerkelijk huwelijk, dat wordt aangegaan onder overlegging van de verklaring van geen bezwaar en dat na de inschrijving in de registers van de burgerlijke stand de gevolgen van een burgerlijk huwelijk verkrijgt.

Nochtans blijven er in ons systeem een viertal andere mogelijkheden open. Zoals we reeds zagen, kunnen partijen een kerkelijk huwelijk sluiten, dat niet de kracht van een burgerlijk huwelijk heeft. Willen partijen na zulk een louter kerkelijk huwelijk de burgerlijke gevolgen toch verkrijgen, dan zullen ze een burgerlijk huwelijk moeten aangaan. Gaan zij hiertoe inderdaad over, dan zijn zij gebonden in twee huwelijken, die elk slechts door het eigen recht - het canonieke door het canoniek, het burgerlijke alleen door het burgerlijk recht - worden beheerst. Het canoniek recht is „*in foro civili*” niet van toepassing. In dit geval doet zich de spanning voor, zoals die thans in feite aanwezig is.

¹⁶ Vgl. VAN MEEUWEN, p. 15.

Ter opheffing daarvan zou het daarom dienstig zijn te bepalen, dat partijen ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen verklaren, dat zij hun burgerlijk huwelijk als een door de staat erkend canoniek huwelijk beschouwd willen zien.

Zo zouden betrokkenen dus op het kerkelijk huwelijk het burgerlijk huwelijk kunnen doen volgen, al dan niet met canonieke rechtskeuze.

Het zou ook kunnen voorkomen, dat Katholieken eerst het burgerlijk huwelijk aangaan en zich daarna tot de Kerk wenden om het kerkelijk huwelijk te sluiten. Zonder meer zouden ook in dit geval burgerlijk en kerkelijk huwelijk naast elkaar staan, zonder dat het canoniek huwelijksrecht in het burgerlijk rechtsgebied geldt. Ook voor deze casus lijkt het gewenst de mogelijkheid te scheppen, dat een verklaring van partijen, af te leggen ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand, de burgerlijke gelding van het kerkrecht effectueert.¹⁷

Partijen zouden derhalve op het burgerlijk huwelijk het kerkelijke kunnen doen volgen, al dan niet met canonieke rechtskeuze.

Het is welhaast onnodig er op te wijzen, dat het mede van eventuele kerkelijke den pastoors gegeven richtlijnen afhangt, of - en in welke mate - alle hierboven genoemde mogelijkheden zich metterdaad in de praktijk zullen kunnen voordoen. Het zou ons niet verwonderen, wanneer door de kerkelijke overheid den pastoors zou worden voorgeschreven om - in de regel - eerst dan bij het kerkelijk huwelijk te assisteren, nadat partijen het burgerlijk certificaat van geen bezwaar hebben overgelegd.¹⁸ Zou de Kerk bepalen - hetgeen eveneens als hypothese wordt voorondersteld -, dat na het burgerlijk huwelijk het kerkelijk huwelijk eerst mag worden gesloten, nadat partijen zich ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand voor de canonieke rechtskeuze hebben uitgesproken, dan zal de methode van burgerlijke huwelijksluiting gevolgd door de kerkelijke zonder canonieke rechtskeuze in de praktijk niet worden toegepast.

Het behoeft geen betoog, dat het niet onze bedoeling is geweest in onze beschouwingen de bespreking te betrekken van detail-kwesties, die met het hierboven ontwikkelde systeem verband houden. Wij hebben slechts in hoofdlijnen de richting willen aangeven, waarin naar ons gevoelen de oplossing van het probleem der dualiteit moet worden gezocht. Dat dit probleem om een oplossing vraagt, staat wel buiten twijfel. Dit wordt niet slechts in Nederlandse kringen bevestigd. Evenzeer in het moederland van het burgerlijk huwelijk zinnen schrijvers thans op methoden om de kloof tussen Kerk en

¹⁷ Vgl. VAN MEEUWEN.

¹⁸ Artikel 20 van de hiervóór, p. 136, aangehaalde Instructie van de S. Congr. de disciplina Sacramentorum van 1 Juli 1929, geldend voor Italië, schrijft zulks voor.

Thans geldt reeds voor Nederland het kerkelijk gebod, dat de pastoors pas aan de sluiting van het kerkelijk huwelijk mogen medewerken, als eerst het burgerlijk huwelijk is voltrokken. Vgl. hierboven p. 198.

staat te overbruggen. Ook door hen is een oplossing voorgesteld, die in wezen met de hier gebodene overeenstemt.¹⁹

Wij ontveinzen ons niet, dat bij een eventuele verwezenlijking van het stelsel van facultatief religieus huwelijk voor Katholieken in de praktijk velerlei moeilijkheden tot een oplossing zullen moeten worden gebracht. Doch dit kan ons er niet van weerhouden voor het stelsel te pleiten, indachtig het aanmoedigend woord van de bekende jurist RENE SAVATIER: „ce sont là des réformes qui méritent que l'on combatte pour elles”.²⁰

¹⁹ Vgl. ALFRED COSTE-FLORET in *Cité nouvelle*, 25 février 1941, HENRI MAZEAUD in de zitting van 5 December 1947 van de Commissie tot herziening van de Code civil, *Travaux de la Commission*, III, p. 498 vlg., JEAN CARBONNIER, *Ciel et terre dans le droit du mariage*, in *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, I, p. 325-346, RENE SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937.

²⁰ *O c.*, p. 33.

SOMMAIRE.

MARIAGE RELIGIEUX, MARIAGE CIVIL: LEUR DUALITÉ.

Le législateur néerlandais a prétendu poser en principe dans l'article 83 du Code civil („La loi ne considère le mariage que sous ses rapports civils”) qu'il entend exclure toute immixtion de l'autorité religieuse dans le mariage. L'état considère le mariage comme une institution laïque. Il ne reconnaît que le mariage contracté conformément aux dispositions du Code civil.

Le législateur cependant ne s'est pas contenté de proclamer l'exclusion de toute autre autorité que la sienne sur le mariage, il exige même que le mariage civil sera contracté avant le mariage religieux (cf. art. 136 C.c.). Il défend donc tout mariage religieux si toutes les conditions requises par la loi civile n'ont pas été remplies. La loi néerlandaise punit tout ministre de culte qui procède au mariage religieux des personnes qui n'auront pas justifié de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil (cf. art. 449 C. pénal). Comme l'état ne reconnaît pas le droit canonique comme complément de sa législation matrimoniale et que l'Eglise catholique de son côté n'accepte pas la législation civile (en tant qu'elle se rapporte à la substance du mariage), les catholiques sont soumis aussi bien à l'une qu'à l'autre. La coexistence de ces deux législations fait naître le problème de la dualité: le mariage religieux à côté du mariage civil.

Dans la première partie de notre étude, nous voulons rechercher les causes qui ont amené cette dualité, cette divergence entre les deux systèmes. En d'autres termes nous désirons savoir comment le mariage civil a pu prendre naissance à côté et en face du mariage religieux.

La Néerlande n'a pas opéré la sécularisation du mariage dans son Code civil de 1838 en appliquant la doctrine protestante, c'est à dire en niant sa sacramentalité. Elle a continué le système du mariage exclusivement civil du Code Napoléon et elle s'est laissé guider par les mêmes principes que les législateurs français de 1792 et de 1804.

Il ne faut pas considérer le mariage civil comme une innovation révolutionnaire. Bien au contraire; depuis des siècles, plus exactement à partir du 16^{me} siècle les dogmatiques et les praticiens ont préparé le terrain.

Dès le 16^{me} siècle l'état français cherchait à se ressaisir de la législation et de la juridiction sur le mariage qui appartenaient au Moyen âge à l'Eglise tout en continuant à exiger que l'administration du sacrement serait essentiellement nécessaire à sa validité civile.

Le législateur civil qui ne voulait pas recevoir le nouveau droit matrimonial

établi par le Concile de Trente pour des motifs d'ordre gallican, s'inspira en majeure partie du droit canonique et ses lois ne portèrent pas la peine de nullité là où l'Eglise ne fit pas de même.

Les parlements de leur côté adoptèrent une attitude moins prudente. Grâce à la trouvaille gallicane de „l'appel comme d'abus”, „ce grand et fort nerf de notre République françoise” (Pasquier), ils prenaient toujours connaissance des décisions des tribunaux ecclésiastiques, tout en réclamant cette fois-ci, contrairement au droit canonique, „la bénédiction nuptiale” comme un élément nécessaire à la validité du mariage et en appliquant la théorie ingénieuse du „rapt de séduction” le consentement des parents au mariage des mineurs de nullité canonique. La juridiction en première instance en matière de causes matrimoniales, qui a été jusqu'à 1600 le terrain incontesté des officialités, est en majeure partie vers la fin de l'ancien régime du ressort de la puissance séculière.

Pour justifier l'immixtion de l'état français, les auteurs de l'ancien régime s'efforcent de fonder une théorie selon laquelle il faut voir dans le mariage, contrairement à la doctrine „ultramontaine”, traditionnellement professée, quelque chose de plus ou quelque chose d'autre qu'une affaire purement religieuse. Les auteurs en voyant dans le mariage un contrat qu'ils ne distinguaient pas seulement logiquement mais aussi réellement du sacrement, conçurent une nouvelle doctrine. Cette dernière doctrine veut conférer à l'état une compétence originaire relative au mariage, même „quoad foedus”: le mariage en tant que contrat civil est soumis aux lois séculières, en tant que sacrement le mariage est soumis aux règles de l'Eglise. Cette théorie que - il est tragique de le noter - des théologiens catholiques ont énoncée les premiers, s'est largement répandue aux 17^{me} et 18^{me} siècles.

A cette doctrine étatiste la Révolution française ajouta encore les principes libéraux caractéristiques pour le 18^{me} siècle: la séparation des institutions religieuses et des institutions civiles et ceux de la liberté de conscience et des cultes.

Tous ces faits ensemble ont amené une substitution complète du pouvoir civil à l'Eglise en matière de mariage.

Dans la deuxième partie de ce livre nous étudions les systèmes contemporains de réglementation de mariage en partant de la place qu'occupe la religion par rapport au mariage „in foro civili”. Nous prenons pour critère de classification la nature de la forme dans laquelle le mariage sera célébré: est-elle religieuse ou civile? Ce qui ne revient pas à dire que les différences entre les réglementations soient uniquement déterminées par cette différence de forme de célébration. Souvent la fonction que remplit l'église „in foro civili” ne se réduit pas seulement à la forme de la célébration, mais elle va beaucoup plus loin. Les réglementations groupées dans la même classification diffèrent aussi entre elles. C'est pour cela que nous nous occupons particulièrement de la question si et dans quelle mesure les empêchements et la dissolution du ma-

riage du point de vue religieux portent effet civil; nous étudions en même temps si la juridiction sur les causes matrimoniales incombe soit à l'église soit à l'état.

D'après la forme de la célébration du mariage, on peut distinguer cinq systèmes:

1. *Le mariage exclusivement civil.* Pour être valable il faut que le mariage soit contracté sous la forme civile. Les empêchements de mariage d'un caractère spécifiquement religieux font à peu de chose près toujours défaut à ce système. La juridiction est du ressort du pouvoir civil.

2. *Le mariage exclusivement religieux.* La célébration du mariage sous une forme religieuse est essentiellement requise. Nous examinons d'une façon plus détaillée trois réglementations, c'est à dire celle de Québec, dans laquelle nous reconnaissons encore bien une certaine version de la théorie du „contrat civil”, celle des états ayant le „statut personnel religieux” spécifiquement oriental (le mariage est par sa nature une affaire purement religieuse), enfin la réglementation grecque où la sécularisation ne s'est accomplie que formellement.

3. *Cumul de mariage civil et de mariage religieux.* L'état ne reconnaît le mariage que s'il est contracté civilement et religieusement. Ce système a été, d'après certains auteurs, autrefois en vigueur en Roumanie et les Uruguayens l'ont encore dans certaines conditions.

4. *Le mariage exclusivement religieux ou le mariage exclusivement civil.* Le mariage exclusivement religieux est prescrit obligatoirement à tous les catholiques et le mariage exclusivement civil à tous les autres. Nous examinons la législation espagnole en la matière suivie de celle de la Colombie. Cette dernière réglementation correspond au fond à celle de l'Espagne.

5. *Le mariage religieux facultatif.* Les futurs époux ont le choix entre la célébration religieuse ou civile. Nous étudions d'une façon plus détaillée les systèmes en vigueur aux Etats-Unis, en Angleterre, dans les Pays-scandinaves et en Italie. Le plus souvent on ne laisse aux parties que le choix de la forme; les empêchements de mariage comme la juridiction sont uniquement du ressort du pouvoir civil.

En Italie toutefois les catholiques peuvent se décider pour le mariage civil ou le mariage conformément au droit canonique et en ce dernier cas les empêchements canoniques ont force de loi et les déclarations en nullité de la part des juges ecclésiastiques sont reçues par le pouvoir civil. On ne compte que trois empêchements civils qui constituent des causes de nullité.

La troisième partie de ce livre porte une appréciation sur la dualité. Nous nous restreignons à une étude comparative du droit civil néerlandais et du droit canonique.

Le système du mariage exclusivement civil ne comporte pas seulement l'inconvénient de la dualité de la forme, mais encore la coexistence des causes de nullité et des causes de dissolution tant civiles que canoniques fait naître de graves conflits entre l'Eglise et l'état. Tantôt les parties sont liées du point

de vue religieux, mais non du point de vue civil, tantôt le contraire se produit. Dans le dernier chapitre nous envisageons si une solution pratique, acceptable pour l'Eglise et l'état, de l'antagonisme des deux soleils (cf. Purgatorio, 16, 107) est possible.

Le mariage religieux facultatif, tel qu'il se pratique en Italie nous semble le système préférable pour les Pays-Bas, sous cette réserve que les empêchements religieux et civils soient applicables au mariage religieux. Les déclarations en nullité prononcées par la juridiction religieuse porteront effet civil.

En optant pour le mariage religieux, les parties renonceront aux possibilités de dissolution que leur accorde le droit civil en tant que contraires au droit canonique.

Le système que nous préconisons est acceptable pour l'état, parce qu'il sauvegarde le principe que personne ne peut se marier valablement s'il ne remplit les conditions de fond requises par le Code civil et que tout homme qui y satisfait a le droit de contracter mariage.

REGISTER VAN PERSONENNAMEN

Abd-El-Razzak Ah. El Sanhoury Bey	104	Cambon	73
Acker, Fr. Thomas van den	14	Cangardel, L.	145, 170, 172
Alexandresco	109	Canus (Cano), Melchior	23, 46, 47
Allègre	22, 194, 203	Carbonnier, Jean	210
Almeriensis	47	Catharinus, Ambrosius	47
Alphonso XII, koning van Spanje	112	Cau, Cornelis	77
Amelio, Mariano d'	136, 137	Cavellus	45
Antonelli	177	Chamillard	57
Aouad, Ibrahim	104, 106	Choucri Cardahi	104
Apeldoorn, L. J. van	77, 78, 79, 80	Christiaan V, koning van Noorwegen	127
Arminjon, Pierre	116	Civitatis	47
Aubry	88	Claeys Bouuaert, F.	26
Avanzo, Walter d'	133, 144	Claus	94
Bannier, G. W.	80	Clemens, J.	30, 31, 34, 50, 62
Barmat, L. I.	107	Clodiensis	47
Barth, P.	11	Clusinus	46
Bartin	88	Cochier	10
Basdevant, Jules	11, 19, 23, 32, 37, 48	Coin-Delisle	196
Basilius, H.	27	Columbriensis	49
Batbie	196, 204	Coras	29
Baumann, Th.	121	Cosentini, Francesco	28
Beauchet, L.	12, 18, 23, 40, 41	Constantijn, keizer	7
Beauharnais, Joséphine de	75	Coronata O.F.M. Cap., Mattheus Conte a	
Bellarminus	60	141, 151, 152, 153, 154, 157, 158,	
Bellefroid, J. H. P.	196	165, 168, 169, 170, 178, 186, 187	
Bellosillo, Ferdinandus	49	Coste-Floret, Alfred	109, 210
Bender O.P., L.	26	Courvoisier, Roger	170, 172
Benedictus XIV, paus	21, 45, 67, 150	Covillard, Maurice	11, 14, 58
Bergmann, Alexander	96, 105, 110, 113	Cromwell	89, 121
	116, 117, 119, 121, 133		
Bignon de Blaury	32	Daniel S.J., Ch.	19, 32, 33, 69, 73, 203
Bigot-Préameneu	1	Dante	201
Bilsen O.F.M., B. van	188, 189	Decugis, Henri	118
Björling, C. G.	129	Delpesch	196
Blécourt, A. S. de	13, 78	Denzinger, H.	12, 14, 151
Boehmer, J. H.	11	Desforges, Léon	22, 23, 34, 42
Bomans, J. B.	196	Desjardins, René	7, 137
Bonnecase, Julien	75	Desmeuniers	70
Bouteville	74, 81	Diana, dochter van Hendrik II	29
Bracharensis	47	Didacus de Payva	14, 47
Brakel, S. van	107	Diephuis, G. W.	164
Bressolles, G.	167, 196	Diobouniotis, Georg	107, 108
Brignon	33	Dominis, Marcus Antonius de	50, 51, 52
Brisson	18	59, 62	
Brugnatensis	47	Donner	194
Bucceroni	177	Dotreng	174
Buys, L.	197	Duchesne, J. B.	13, 28
Cajetanus	46	Duguit, Léon	26, 27, 29
Calamonensis	47	Durand de Maillane, Pierre	15, 17, 18,
Calvijn, J.	11	19, 23, 27, 32, 58, 60, 61, 62, 69	
		70, 72	

Duverger	196, 204	Harmenopoulos	107
Duynstee C.ss.R., W. J. A. J.	149	Hendrik II, koning van Frankrijk	28, 29
Eichmann, Eduard 170, 178, 179, 180		Hendrik III, koning van Frankrijk	17
193		Hennequin, J.	52, 53, 54
Enneccerus, Ludwig	88, 90	Héricourt, d'	36
Erasmus	10	Hieronymus, H.	7
Esmein, A.	12, 27, 36	Hiquaeus, Antonius	45
Espen, Z. B. van	39	Hollweck, Jos.	149
Fabiola	7	Hoon, de	95
Fabius, D. P. D.	194	Hotman, Antoine	17
Farensbach, H. G. J.	178	Huc, Théophile	168
Faur de Pibrac	13	Huygens, G.	31, 39
Fenet, P. A.	1, 65, 69, 74, 75, 76, 159	Huytens, Emile	94, 95
Ferrier, Arnaud du	13	Hijmans, I. H.	107
Fevret, Ch.	16, 17, 32, 35, 36, 37	Ilerdensis	14
Fleury	15, 16, 17, 36, 37	Isambert 8, 18, 19, 22, 23, 25, 28, 30, 31	
Fockema Andreae, S. J.	77	32, 34, 40, 41, 67	
Forssius, Gustave	129	Jenks, E.	121
Francecakis, Ph.	107	Jong, J. kardinaal de	8, 16, 40, 123
Frans I, koning van Frankrijk	16	Joseph II, keizer van Oostenrijk . .	67
Freund, Heinrich	4	Joyce S.J., George Hayward 7, 12, 27, 33	
Friedberg, Emil 10, 11, 18, 19, 28, 66		48, 67, 70	
68, 121, 122, 129		Karel V	28
Gairal, A.	66	Karel IX, koning van Frankrijk . .	18
Galesius	58, 60	Karim Hussami, Abdul	106
Gasparri, P. kard. 2, 39, 70, 73, 131, 133		Keezer, Frank H.	117, 118, 119, 120
136, 138, 153, 154, 155, 165, 177		Keulemans O.Carm., Th.	78
192, 195		Kingma Boltjes, H.	164
Gaulmin, Gilbert	22	Kipp, Theodor	88
Genicot, E.	197, 198	Knecht, August 10, 11, 21, 22, 27, 165,	
Gerbais	58, 59, 60, 61, 62, 149	168, 179, 197	
Gerold, W.	90	Köstler, Rudolf	91
Gestel, A. van	149	Kranenburg, R.	121
Girouard, Désiré	101	Kuyper, A.	194
Glasson, E.	23, 196	Laboulaye, Edouard	21, 36, 58
Gmür, Max	90, 96	Lacianensis	46
Godin, Hans Freiherr von	90, 196	Laisné	27
Godin, Reinhard Freiherr von	90, 196	Laisney, Jean	109
Gohier	87	Lajuinais	71
Göller	16, 17	Lamoignon	58
Gottschalk, R.	105	Land, N. K. F.	164
Goulé, P.	121	Larinensis	46
Gousset, Th.	11, 150	Latey, W.	121
Gragnano, Antonius	46	Launoy, J. 34, 48, 50, 52, 53, 54, 55, 56,	
Greffin, G.	90	57, 58, 59, 60, 62, 68	
Gregorius VII, paus	11	Lausac de Saint-Gelain	13
Gregorius XIII, paus	48, 178, 193	Lawrence, W. B.	118
Guenois	35	Lawson, F. H.	121
Guilielmus Parisiensis	45	Leeuwen, H. J. van	200
Guttenfeld, Andreas	91	Lefebvre, Charles	7, 58
Hamaker, H. J.	78	Legionensis	49
Harlaey, Achille	55		

Lehr, Ernest	89, 122, 124, 129
Leiser, T. M.	190
Leitner, Martin	31, 149, 158, 159, 165 177, 186
Lemaire, René	7
Le Maître	17
Leo XIII, paus	151, 152
Lerebours-Pigeonnière, Paul	28, 74
Le Ridant	44, 58, 62, 63, 64, 66, 67, 70 76, 82, 121, 149
Lerensis	49
L'Huillier	57, 58
Linneborn, J.	154, 165
Locke, John	121
Locré	77
Lodewijk XIV, koning van Frankrijk	40
Lodewijk XVI, koning v. Frankrijk	65, 67
Loisel	48
Lorraine, Charles de	33
Lorraine, Marguérite de	33, 34
Luther, M.	10, 11, 57
Malesherbes, C. G. de	66
Malleville	167
Maltha O.P., A. H.	12
Marañon, Manuel	115
Marca, Petrus de	15, 16, 17, 20
Marcadé, V.	88, 167, 168, 196
Marillac, de	30
Martin, Konrad	149
Martin, Robert	129
Martin, Olivier	73
Martindale	103, 106
May, Gaston	28
Mazeaud, Henri	210
Medicis, Catherina de	29
Medina, Leon	115
Meeuwen, Jhr. P. G. M. van	206, 208
Mesnil, Baptiste du	48
Metensis	49
Meijling, G.	174, 175, 182
Mignault, P. B.	98
Molengraaff, W. L. P. A.	78
Montesquieu	58
Montmorency	29
Moral, R.	90
Mörsdorff, Klaus	170, 178, 179, 180, 193
Mulder, W.	154, 155, 193, 195
Murrer	71
Mussolini	132, 134, 139
Mutinensis	49
Napoléon	75, 167
Neufchateau François de	72
Neuner, R. R.	107
Nicolaas I, paus	27
Nicolai	3, 81, 82, 184
Niesel, G.	11
Nimwegen C.S.S.R., F. A. J. van	151, 152
Nuytz	151
Nijmegen Schonegevel, C. van	95
Oberhauser, Dom. Benedict.	68
Oesterle	155
Onclin	154, 155
Oppen, E. van	195
Oppen, L. van	195
Opzoomer, C. W.	86, 163, 164, 165, 175 184
Orléans, Gaston d'	33, 34, 52, 53
Oven, J. C. van	200
Overwater, J.	200
Pasquier, Estienne	20, 28, 29, 35, 212
Paulus III, paus	193
Paulus IV, paus	29
Perrone S.J., J.	39, 45, 151
Perugini, Angelus	95, 116, 131, 133
Peters, Ernst	90, 95
Petit, Ch. J. J. M.	196, 200, 201, 206
Philips II	111, 113
Piennes, Jeanne	29
Pithou,	16, 48
Pitlo, A.	174, 175, 182
Pius IV, paus	11, 70
Pius V, paus	193
Pius VI, paus	73, 150, 151
Pius IX, paus	151
Pius X, paus	22
Pius XI, paus	131, 152
Planck, G.	88, 90, 91
Planiol, M.	13, 27, 29, 36, 42, 75, 88 168, 169, 195, 196, 197
Pontchartrain	58, 59, 60, 61, 76
Portalis, J. M. E.	62, 65, 69, 74, 75, 76 77, 81, 82, 88, 167
Portalis, Vicomte Frédéric	74
Pothier	12, 15, 17, 20, 21, 23, 24, 25, 30 32, 33, 36, 37, 43, 44, 52, 58, 59 60, 61, 98, 160
Puig Peña, Federico	111, 112, 113, 114 115
Rabel, Ernst	4, 107, 115
Rassicot	17
Rau	88
Rava, A.	137
Réau, Roger	129
Rees, D. P.	121
Rendu	202, 203

Retzbach, Anton 170, 178, 180
 Richelieu, kardinaal de 52
 Richer 64
 Richillieu, de 66
 Rigaud, Louis 109
 Ripert, Georges 13, 27, 29, 36, 42, 75
 88, 168, 169, 195, 196, 197
 Rocco 134, 138, 144
 Roguin, Ernest 88, 89, 109, 122
 Rolin-Jacquemijns, G. 101, 102
 Rondonneau, L. 72
 Rousseau, J. J. 66
 Rousseaud de Lacombe, Guy 23
 Rulhières, A. de 22
 Rutten, L. E. H. 75

 Sagiensis 47
 Sanchez, Thomas 47, 48
 Sartori O.F.M., P. Cosmas 174, 178, 180
 195, 198
 Sauzet 196
 Savatier, René 210
 Schaezman, A. C. M. 149
 Schmidt, Henricus 10
 Scholten, P. 159, 161, 164, 173, 174, 175
 182, 195, 196, 200
 Scotus, Johannes Duns 45, 46
 Segobiensis 47
 Serin, Maurice 94, 111, 115
 Serrier, Geneviève 46, 47
 Simenon, G. 26
 Smet, Al. de 10, 11, 12, 21, 27, 31, 48
 150, 153, 154, 161, 165, 168, 169
 170, 197
 Soto, Petrus de 47, 59
 Stranger Jones, L. I. 121
 Star Busmann, C. W. 78, 164
 Stocquart, Emile 111
 Svoboda, Emil 93
 Sypkens 1, 81, 184

 Talma 69, 71
 Talon, Denys 23, 57
 Tchirkovitch, S. 93
 Tertullianus 27

Theiner, Aug. 10, 13, 14, 26, 31, 46, 47
 49
 Thézard, Léopold 202, 203
 Thieriet 167, 196
 Thomas, St. 1, 45
 Thuys O.P., R. W. 12
 Toullier, C. B. M. 88
 Triebs, Franz 177
 Trudel, Gérard 99, 100, 101, 102, 103
 Tünnissen O.P., G. W. A. 169, 170, 178
 Turgot 66

 Ulpianus 27
 Urbanus VIII, paus 21

 Valéry, Jules 139, 144
 Valticos, Nicolas 107
 Vantroys, Alexandre 29, 30, 31
 Vassali 137
 Vecchiotti, Sept. M. 27, 31
 Veining Meinesz 95
 Vermeersch 177
 Veth, Gerda 170
 Vidal S.J., P. 153, 170, 177
 Vigor, Simon 47
 Viollet, Paul 1, 7, 13, 32, 36, 70
 Vlaming, Th. M. 26, 149, 154, 169, 170
 177, 178
 Voltaire 62, 66
 Voorduin, J. C. 1, 3, 80, 81, 82, 159, 161
 165, 167, 174, 178, 183, 184, 189
 Vulturariensis 14

 Wadding 45
 Walker, M. 17, 18, 20, 21, 29, 34
 Warmeyer, Otto 88
 Weiss, André 109
 Welie, F. A. M. van 26, 44, 94, 141, 149
 152, 153, 154, 155, 159, 160, 162
 163, 165, 166, 169, 170, 171, 177
 178, 179, 181, 192, 193, 194
 Wernz S.J., F. X. 153, 170, 177
 Winfield, P. H. 121
 Wolff, Karl 91
 Wolff, Martin 88
 Wouters C.ss.R., L. 149

BIBLIOGRAPHIE

A

- ABD-EL-RAZZAK AH. EL SANHOURY BEY, Le droit musulman comme élément de refonte du Code civil égyptien, in: Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, Paris, 1938, Band 2, § 113.
- ACKER, Fr. Thomas van den, Decreti „Ne Temere” de sponsalibus et matrimonio interpretatio, Buscoduci, 1909.
- ALLEGRE, Le Code civil commenté à l'usage du clergé, 8me éd., Paris, 1902.
- AMELIO, Mariano D', Codice civile, Libro primo (Persone e Famiglia), Firenze, 1940.
- AOUAD, Ibrahim, L'attachement du peuple marounite au statut personnel de sa communauté, in: Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, Paris, 1938, Band 2, § 115.
- APELDOORN, Mr L. J. van, De historische ontwikkeling van het recht omtrent huwelijksluiting in Nederland, in: Christendom en historie, Amsterdam, 1925, p. 67-182.
- Geschiedenis van het Nederlandsch Huwelijksrecht vóór de invoering van de Franche wetgeving, Amsterdam, 1925.
- ARCANUM, Encyclick van Paus Leo XIII van 10 Februari 1880, uitgave „Ecclesia Docens”, vertaling van F. A. J. van Nimwegen, C.ss.R., 2e druk, Hilversum, 1940.
- ARMINJON, Pierre - Baron Boris NOLDE - Martin WOLFF, Traité de droit comparé, Paris, 1950, 3 vol.
- ASSER-SCHOLTEN, Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, Eerste deel, Personenrecht, 7e druk, Zwolle, 1936.
- AUBRY et RAU, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae, 5me éd., Tome 7, revu par Etienne BARTIN, Paris, 1913.
- AVANZO, Walter d', Manuale d'udienza i quattro codici, Firenze, 1943.

B

- BASDEVANT, Jules, Des rapports de L'Eglise et de L'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil, Paris, 1900.
- BATBIE, Révision du Code Napoléon, Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques les 23 et 30 décembre 1865 in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXVIII, 16me année, Paris, 1866, p. 126-162.
- Réponse à M. Duverger, à propos de La Révision du Code Napoléon, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXX, 17me année, Paris, 1867, p. 50-64 en p. 213-231.
- Note sur des observations de M. Huc, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXX, 17me année, Paris, 1867, p. 361-364.
- BEAUCHET, L., Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français, in: Nouvelle Revue historique de droit français et étranger, 6me année, Paris 1882, p. 351 vlg. en 631 vlg.
- BERGMANN, Dr Alexander, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Band I, Ehe- und Kindschaftsrecht der europäischen Staaten, Berlin 1938; Band II, Ehe- und Kindschaftsrecht der aussereuropäischen Staaten und Besitzungen, Berlin, 1940.
- BERNARD, Paul, La séparation de corps réformée, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, 1860, p. 250 vlg.
- BERTON, Pierre, La conception de la nullité du mariage en droit civil français et en droit canonique moderne, Etude de droit comparé, Paris, 1938.
- BILSEN O.F.M., Dr B. van, Onderzoek naar de dood van een vermisten echtgenoot, Hilversum, 1948.

- BJÖRLING, Dr jur. C. G., Das Eherecht Schwedens, in: Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Band IV, Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, 2. Auflage, Berlin 1937, p. 621 vlg.
- BLECOURT, A. S. de, Kort begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht, 6e druk, Groningen, 1950.
- BOEHMER, J. H., Jus ecclesiasticum Protestantium, 4a ed., Halae Magdeburgicae, 1738.
- BOISSONADE, G., Compte rendu d'un ouvrage de M. Huc: Le Code civil italien et le Code Napoléon, étude de législation comparée, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome XXIX, 16me année, Paris, 1866, p. 172-187.
- BOLSIUS, Mr F. J., Inleiding over de positie der gehuwde vrouw uit Katholiek oogpunt, praeadvies voor de Vereniging tot het bevorderen van de beoefening der wetenschap onder de Katholieken in Nederland, Annalen 1918, Aflevering II, p. 7 vlg.
- BOMANS, Mr J. B., Kerkelijke Politiewetten, Hilversum, 1923.
- BONNECASE, Julien, La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de famille, Ses destinées dans le droit civil contemporain, Paris, 1925.
- BRESSOLLES, G., Mariage religieux, mariage civil, nullité, in: Revue de législation et de jurisprudence, 12me année de la publication, nouvelle collection, Année 1846, Tome 2, Paris, 1846, p. 149-158.
- BUIJS, L., De matrimoniis acatholicorum baptizatorum, in: Periodica de re morali canonica lithurgica, 1948, p. 235 vlg.

C

- CALVIJN, Joannes, Institutio Christianae religionis, ed. Petrus BARTH en Guilelmus NIESEL, Joannis Calvini Opera Selecta, Vol. V, Institutionis Christianae religionis 1559 librum IV. continens, Monachii in Aedibus, 1936.
- CANGARDEL, L., Le consentement des époux au mariage en droit civil français et en droit canonique, Toulouse, 1934.
- CANUS, Melchior, De locis theologicis (Opera, Venetiis, 1759).
- CARBONNIER, Jean, Ciel et terre dans le droit du mariage, in: Etudes offertes à Georges Ripert, 1950, I, p. 325-346.
- CASTI CONNUBII, Encycliek van Paus Pius XI van 31 December 1930, uitgave „Ecclesia Docens”, vertaling van F. A. J. van Nimwegen C.ss.R., 2e druk, Hilversum 1941.
- CHOUCRI CARDAHI, Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé: le statut personnel musulman, in: Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert, Paris, 1938, Band 2, § 112.
- CLEMENS, J., Traité du pouvoir irréfragable et inébranlable de l'Eglise sur le mariage des Catholiques, Liège, 1768.
- COHN, Herman, The foreign Laws of Marriage and Divorce, Part 1, The Countries of the European Continent, Tel Aviv, 1937.
- COIN-DELISLE, Sur le refus entre époux de bénédiction nuptiale, à l'occasion d'un opuscule de M. Sauzet, in: Revue critique de législation et de jurisprudence, Tome III, 3me année, Paris, 1853, p. 175 vlg.
- COLLECTION des procès-verbaux des Assemblées générales du Clergé de France depuis l'année 1560 jusqu'à présent; ouvrage composé sous la direction de M. l'évêque de Mâcon, autorisé par les assemblées de 1762 et de 1765 et imprimé par ordre du Clergé, Paris, 1767-1780, 10 vol.
- CONFERENCES ecclésiastiques de Paris sur le mariage établies et imprimées sur l'ordre de S.E. Mgr. le cardinal de Noailles, archevêque de Paris, 2me éd., Paris, 1715, 5 vol.
- CONRAD, Hermann, Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung, Weimar, 1950, p. 336-372.

- CONTE A CORONATA O F M Cap, Matheus, Institutiones iuris canonici ad usum utriusque cleri et scholarum, De Sacramentis Tractatus Canonici, Vol III De Matrimonio et Sacramentalibus, Torino, 1945
- COSENTINI, Francesco, Le droit de famille, Essai de réforme, Paris, 1929
- COSTE-FLORET, Alfred, La nature juridique du Mariage, Ce qu'elle est dans le Code civil, ce qu'elle devrait être, Paris, 1935
- COURVOISIER, Roger, Le mariage fictif en droit suisse, précédé d'une étude de droit comparé, Lausanne 1943
- COVILLARD, Maurice, Le mariage considéré comme contrat civil dans l'histoire du droit français, Paris, 1899
- CRONJE, G, Egskeiding en Huweliks- en Gesinsontbinding, Amsterdam, 1933

D

- DANIEL, S J, Ch, Le mariage chrétien et le Code Napoléon, Paris Bruxelles-Rome-Londres, 1870
- DECUGIS, Henri, Les étapes du droit des origines à nos jours, 2me éd, Paris, 1946.
- DEGUIRE, René, Code civil de la Province de Québec, Civil code of the Province of Québec, Montréal, 1948.
- DENZINGER, H, *Enchiridion Symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, Ed Xa, Friburgi Brisgoviae, 1908
- DESFORGES, Léon, Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français, Paris, 1887
- DESJARDINS, Rene, Le mariage en Italie depuis les Accords de Latran, Paris, 1933
- DIEPHUIS, Mr G W, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, 4e deel, 2e druk, Groningen, 1886
- DIIOBUNOTIS, Georg, Das Eherecht in Griechenland, in *Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, Das Eherecht der europaischen Staaten und ihrer Kolonien, 2 Auflage, Berlin, 1937, p 763 vlg
- DOCUMENTATION, La — Catholique, 10me, 11me en 12me annee, Paris, 1928, 1929 en 1930
- DOMINIS, de, *De Republica ecclesiastica libri X*, Auctore Marco Antonio de Dominis, Archiepiscopo Spalatensi, cum suis indicibus, Londini, 1617-1620, 2 vol
- DONNER, Rapport inzake de verhouding tussen de kerkelijke en de burgerlijke huwelijksluiting (Commissie-Donner) Uitgave van de Anti Revolutionaire Partijstiching, 's-Gravenhage, (1950?).
- DUCHESNE, J B, Du Mariage, Examen comparatif des principes qui le régissent suivant le Code civil français, le droit romain, le droit canonique et les législations des états modernes, Paris, 1845
- DUGUIT, Léon, Etude historique sur le rapt de séduction, in *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, Xme année, Paris, 1886, p 587 vlg
- DUMOULIN, Conseil sur le fait du Concile de Trente (*Oeuvres Complètes*, Tome V, Paris, 1681)
- DURAND DE MAILLANE, Pierre, commissaire du Comité ecclésiastique, Rapport sur le Projet de decret des Comités ecclésiastique et de Constitution, concernant les empêchements, les dispenses et la forme des mariages, in *Proces-verbal de l'Assemblée nationale*, Tome 55, no 653
- *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, 3me éd, Lyon, 1776, 5 vol
(Geciteerd als DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire*)
- DUYNSTEE C ss R, Mr W J A J, *Burgerlijk Recht en Zielzorg*, 6e druk, 's-Hertogenbosch, 1948
- DUVERGER, A, Observation sur le mémoire de M Batbie, intitulé Révision du Code Napoléon, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XXVIII,

16me année, Paris, 1866, p. 308-364; vervolg in: *Revue critique*, Tome XXIX, 16me année, Paris 1866, p. 116-167; Tome XXX, 17me année, Paris, 1867, p. 128-148, p. 322-346, p. 402-436.

E

- EICHMANN, Eduard-Klaus MÖRSDORFF, *Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex Iuris Canonici*, II. Band, Sachenrecht, 6. Auflage, Paderborn, 1950.
ENNECCERUS, Ludwig, Theodor KIPP und Martin WOLFF, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Familienrecht*, 7. Ausgabe, Marburg, 1931.
ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, 2me éd., Paris, 1929-1935.
ESPEISSES, Antoine D', *Oeuvres*, Lyon, 1750, 3 vol.
ESPEN, Z. B. van, *Jus Ecclesiasticum universum*, Tom. I., Lovanii, 1753.

F

- FARENSBACH, H. G. J., *De onmacht als huwelijksbeletsel*, Amsterdam, 1899.
FENET, P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2me éd., Paris, 1836.
FEVRET, Ch., *Traité de l'abus et du vrai sujet des appellations qualifiées du nom d'abus*, nouvelle éd., Lyon, 1736.
FLEURY, Abbé, *Institution au droit ecclésiastique*, nouvelle éd., Paris, 1722.
FOCKEMA ANDREAË, Mr S. J., *Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis*, 2 bundels, Haarlem, 1888-1889.
FRANCEAKIS, Ph. et Nicolas VALTICOS, *Mariage, régimes matrimoniaux, successions et donations en droit grec.*, in: *Juris-Classeur Notarial*, 2e p.: *Formules commentées, Législation comparée, Grèce*, 2me éd. -10, 1947, Paris, 1947.
FREUND, Dr Heinrich, *Das Eherecht in der Union der sozialistischen Sowjetrepubliken*, in: *Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 2. Auflage, Berlin, 1937, p. 319 vlg.
FRIEDBERG, Emil, *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung*, Leipzig, 1865.

G

- GAIRAL, A., *Le mariage civil et le mariage religieux*, in: *Revue catholique des institutions et du droit*, vol. 4, 5, 9 en 14, Paris, 1875, 1877 en 1880.
GALESIUS, *Ecclesiastica in matrimonium potestas*, Romae, 1676.
GASPARRI, Petrus, *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. 3a, Parisiis, 1904, 2 vol. (Geciteerd als: GASPARRI, ed. 3a.).
— *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. nova ad mentem Codicis I.C., Romae, 1937, 2 vol. (Geciteerd als: GASPARRI).
— *Codicis iuris canonici fontes cura Emi Petri Card. Gasparri editi*, Romae, 1923-1939. (Geciteerd als: GASPARRI, Fontes).
GERBAIS, *Traité pacifique du pouvoir de l'Eglise et des princes sur les empeschemens du mariage*, Paris, 1690.
GEROLD, Dr W., B. G. B. *Textausgabe mit Anmerkungen und Hinweisen*, Dresden, 1950.
GESTEL, A. van, *Het Burgerlijk Huwelijk in het Nederlandsch recht*, in: *Studiën op godsdienstig, wetenschappelijk en letterkundig gebied*, nieuwe reeks, 27e jaargang, 43e deel, Utrecht, 1894, p. 227 vlg.
GIROUARD, Désiré, *Considérations sur les lois civiles du mariage*, Montréal, 1868.

- GLASSON, E., Le mariage religieux et le mariage civil dans les principales législations de l'Europe, in: *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, Année 1875, Paris, 1875, p. 312-339, 419-441 en 531-556.
- GMÜR, Max, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Familienrecht*, 1. Abteilung (Das Eherecht), 2. Auflage, Bern, 1923.
- GODIN, Reinhard Freiherr von, und Hans Freiherr von GODIN, *Ehegesetz vom 20. Februar 1946*, Berlin, 1947.
- GOTTSCHALK, R., Personal Status and religious Law in Israel, in: *The international law quarterly*, Vol. 4, no. 4, Oct. 1951.
- GOUSSET, Th., *Le Code civil commenté sous ses rapports avec la Théologie-morale*, 4me éd., Tournay, 1835.
- GRANT, H. B., *Marriage, Separation and Divorce*, 2nd. ed., London, 1948.
- GREFFIN, G., und R. MORAL, *Das Eherecht nebst Abdruck des Ehegesetzes 1946*, Berlin, 1948.
- GROESSEN O.F.M.Cap., Dr Hubertus van, en Dr Clementinus van VLISSINGEN O.F.M. Cap., *Het kerkelijk recht, commentaar op den Codex met vermelding van het particulier kerkelijk recht voor Nederland en België*, Roermond-Maaseik, 1947.
- GUTTENFELD, Andreas, *Osterreichisches Recht*, 3. Auflage, Wien, 1949.
- GUTTERIDGE, H. C., *Comparative Law, An introduction to the Comparative Methode of Legal Study & Research*, Cambridge, 1946.

H

- HAMAKER, H. J., *Nederlandsche Jurisprudentie inzake echtscheiding*, in: *Verspreide geschriften, verzameld door W. L. P. A. Molengraaff en C. W. Star Busmann*, Haarlem, 1911-1913, deel 1, p. 382 vlg.
- HOLLWECK, Jos., *Das Civileherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dargestellt im Lichte des canonischen Eherechts*, Mainz, 1900.
- HOON, Mr Dr de, *De Belgische Grondwet*, Toelichting, Brussel, 1927.
- HUC, Théophile, *Le Code civil italien et le Code Napoléon, études de législation comparée*, Paris, 1868, 2 vol.
- *Sur la célébration des mariages*, in: *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome XXX, 17me année, Paris, 1867, p. 346-361.
- L'HUILLIER, *In librum magistri Joannis Launoi theologi Parisiensis qui inscribitur Regia in matrimonium potestas, observationes*, 1678.
- HUYGENS, G., *Breves Observationes de sacramento matrimonii et quatuor novissimis*, Leodii, 1697.
- HUYTTENS, Emile, *Discussions du Congrès National de Belgique, 1830-1831*, Tome Premier, Bruxelles, 1844.

I

- ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDER e.a., *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, 30 vol., Paris, 1821-1833.

J

- JENKS M. A., D. C. L., Edouard, e.a., *Digeste de droit civil anglais*, 2me éd., Tome II, Traduction par Théophile Bauman et P. Goulé, Paris, 1923.
- JONG, Kardinaal de, *Handboek der Kerkgeschiedenis*, 4e druk, herzien door Dr R. R. Post, Nijmegen, 1947-1949.
- JOURNAL OFFICIEL DU GOUVERNEMENT DE LA BELGIQUE, Tomes 3 et 4, Bruxelles, 1814 en 1815.
- JOYCE S.J., George Hayward, *The Christian Marriage*; Nederlandsche vertaling: *Het Christelijk Huwelijk, Een historische en dogmatische studie*, Haarlem 1940.

JUGIE, Mariage dans l'Eglise Gréco-Russe, in: A. Vacant e.a., Dictionnaire de théologie catholique, Tome 9, Paris, 1926, kol. 2317 vlg.

K

- KARIM HUSSAMI, Abdul, Le mariage et le divorce musulman et particulièrement dans son application en Syrie, Lyon, 1931.
- KEEZER, Frank H., A. treatise on the law of Marriage and Divorce, with synopses of the marriage and divorce statutes of all states and containing complete forms for all purposes, Second ed., Indianapolis, 1923.
- KEULEMANS O.Carm., Mr Dr Th., De paradox der echtscheiding, praeadvies voor het Thijmgenootschap, 's-Gravenhage, 1948.
- KINGMA BOLTJES, Mr H., Behoeven er nadere regelingen getroffen te worden betreffende de rechtspositie van hen, wier geestvermogens gestoord zijn en die noch onder curatele, noch op rechterlijk bevel in een krankzinnigengesticht geplaatst zijn? Praeadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, 1949, Handelingen N.J.V., 29e jaargang, I, Zwolle, 1949.
- KNECHT, August, Handbuch des katholischen Eherechts, Freiburg im Breisgau, 1928.
- KÖSTLER, Rudolf, Österreichs Eherecht, Darstellung und Gesetzestexte, 4. Auflage, Wien, 1948.

L

- LABOULAYE, Edouard, Mémoire à consulter et consultation pour les héritiers Pescatore, Paris, 1856.
- LAISNEY, Jean, Mariage religieux et mariage civil, Paris, 1930.
- LAND, Mr K. N. F., Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, 1e deel, Boek I, Tit. I-XIX en Rechtspersonen, 2e druk, herzien door Mr C. W. Star Busmann, Haarlem, 1914.
- LATEY, W. and D. P. REES, Law and Practice in Divorce and Matrimonial Causes, 13th ed., London, 1945.
- LAUNOY, Joannis Launoii Constantiensis, Parisiensis theologi, Regia in matrimonium potestas: vel Tractatus de jure saecularium Principum Christianorum in faciendis impedimentis matrimonium dirimentibus, Parisiis, 1674.
- LAURENT, F., Principes de droit civil, Bruxelles-Paris, 1870-1878.
- LAWRENCE, W. B., Etude de législation comparée et de droit international sur le mariage, in: Revue de droit international et de législation comparée, Tome II, 1870.
- LE BRAS, G., Mariage, in: A. Vacant e.a., Dictionnaire de théologie catholique, Tome 9, Paris, 1926, kol. 2045 vlg.
- LEFEBVRE, Charles, Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français, I. Introduction générale, Paris, 1906; II. Le lien de mariage, Paris, 1913-1923.
- LEHR, Ernest, Le Mariage, Le Divorce, et la Séparation de corps dans les principaux pays civilisés, Paris, 1899.
- LEITNER, Dr Martin, Lehrbuch des katholischen Eherechts, 2. Auflage, Paderborn, 1912.
- LEMAIRE, René, Etude historique et critique, Le Mariage civil, Paris, 1901.
- LEREBOURE-PIGEONNIERE, Paul, La Famille et le Code civil, in: Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire, Tome premier, Paris, 1904, p. 263-294.
- LE RIDANT, Traité sur le mariage, Examen de deux questions importantes sur le mariage, 1753.
- LEXIKON FÜR THEOLOGIE UND KIRCHE, 2. Auflage, Freiburg im Breisgau, 1931.
- LINNEBORN, Dr J., Grundriss des Eherechts nach dem Codex Iuris Canonici, Paderborn, 1919.

- LOCRE, J. G., *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, Code pénal*, Paris, 1832.
- LUTHER, M., *D. Martini Lutheri Opera Latina varii argumenti ad reformationis historiam imprimis pertinentia curavit Dr Henricus SCHMIDT*, Vol. V, *Francofurti ad M.*, 1868.

M

- MACKAY, Richard V., *Law of marriage and divorce simplified. Explains and illustrates the marriage and divorce, procedures and causes of action in all the states of the Union*, New York City, 1946.
- MALESHERBES, C. G. de, *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785.
- MALTHA O.P., Dr A. H. — en Lr R. W. THUYS O.P., *Katholieke Dogmatiek*, Roermond-Maaseik, 1951.
- MARCA, Petri de —, *Archiepiscopi Parisiensis, Dissertationum De Concordia sacerdotii et imperii seu de libertatibus Ecclesiae Gallicanae libri octo*, ed. tertia, Parisiis, 1704.
- MARCADE, V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7me éd., Paris, 1873-1874.
- *Mariage civil, mariage religieux*, Sens de l'article 180 du Code civil, in: *Revue de législation et de jurisprudence*, 12me Année de la publication, nouvelle éd., Année 1846, Tome 3, Paris, 1846, p. 342-371.
- MARCHANT, Mr H. P., *Echtgenoten zonder contract*, Hilversum, 1941.
- MARTIN, Dr Konrad, *Die christliche und die Civilehe*, Mainz, 1874.
- MARTIN, Olivier, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804*, Paris, 1901.
- MARTINDALE-HUBBELL, *Law directory*, 83 Annual Edition 1951, Vol. III, *Complete Legal Directory Service*, New Jersey.
- MAY, Gaston, *Eléments de droit romain*, 17me éd., Paris, 1927.
- MEDINA, Leon y Manuel MARAÑON, *Leyes civiles de España, Codiges y Leyes Fundamentales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1949.
- MIGNAULT, P.-B., *Les rapports entre le droit civil et la „common-law” au Canada, spécialement dans la province de Quebec*, in: *Introduction à l'étude du droit comparé*, *Recueil d'Etudes en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris, 1938, Band 2, § 72.
- MULDER, Dr W., *Ontwikkeling van het huwelijksrecht na den Codex*, in: *Nederlandsche Katholieke Stemmen*, 37e jaargang, Zwolle, 1937, p. 174 vlg.
- *Huwelijksontbinding volgens canon 1025*, in: *Nederlandsche Katholieke Stemmen*, 37e jaargang, Zwolle, 1937, p. 305 vlg.
- MUNCH-PETERSEN, Dr H., *Das Eherecht Dänemarks*, in: *Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 2. Auflage, Berlin 1937, p. 721 vlg.

N

- NEUMANN-ETTENREICH, Dr Robert von- und Dr Karl SATTER, *Das Eherecht Österreichs*, in: *Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 2. Auflage, Berlin, 1937, p. 117 vlg.
- NIJMEGEN SCHONEGEVEL, C. van, Art. 136 B.W. in verband beschouwd met art. 449 Srw., Groningen, 1892.

O

- OBERHAUSER, B., *Systema historico-criticum divisarum potestatum in legibus matrimonialibus impedimentorum dirimentium*, *Francofurti*, 1771.

- OLIVIER-MARTIN, Fr., Précis d'histoire du droit français, Paris, 1938.
 OPZOOMER, Mr C. W., Het Burgerlijk Wetboek verklaard door —, 1e deel, 2e druk, Amsterdam, 1874.
 OVERWATER, Mr J., Herstel in voogdij, in: Tijdschrift voor armwezen, maatschappelijke hulp en kinderbescherming, 8e jaargang, 1929, p. 1952 vlg. en p. 1965 vlg.

P

- PASQUIER, Estienne, Les Oeuvres d'—, Amsterdam, 1723.
 PERRONE S.J., J., De matrimonio christiano libri tres, Romae, 1858.
 PETERS, Ernst, Personenstandrecht, Frankfurt am Main, 1949.
 FERUGINI, Angelus, Concordata vigentia, notis historicis et iuridicis declarata, Romae, 1934.
 PETIT, Mr Ch. J. J. M., De burgerlijke rechtstoestand der gehuwde vrouw, Zwolle, 1930.
 — Wettelijke maatregelen tot beperking van veelvuldige echtscheidingen, Rapport van de Commissie-Petit, ingesteld door het Centrum voor Staatskundige Vorming, Uitgave van het Centrum voor Staatskundige Vorming, 's-Gravenhage, 1949.
 — De godsdienst in de rechtstoepassing in Rechtsgeleerd Magazijn Themis, Zwolle, 1951, p. 306-321.
 — Het wetsontwerp tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw, in Katholiek Staatskundig Tijdschrift, Februari 1952, p. 425 vlg.
 PITLO, Mr A. en G. MEIJLING, Het Personenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek, 2e druk, Haarlem, 1950.
 PLANCK, Dr G., Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Vierter Band, Familienrecht, Dritte Auflage, Berlin, 1906.
 PLANIOL, M., - Georges RIPERT, Traité Élémentaire de droit civil, Tome 1, 12me éd., Paris, 1932.
 PORTALIS, J. M. E., Discours, Rapports et Travaux inédits sur le Concordat de 1801, republiceerd door Vicomte Frédéric Portalis, Paris, 1845.
 POTHIER, Oeuvres complètes de —, Tome X, nouvelle éd., Traité du contrat de mariage, de la puissance du mari, Paris, 1821.
 PUIG PENA, Federico, Tratado de Derecho civil Español, Tomo II, Derecho de Familia, Vol. I, Teoria general del matrimonio, Madrid, 1946.

R

- RABEL, Ernst, The conflict of laws, A comparativ study, Vol. I. Introduction: Family Law, Chicago, 1945.
 RAVA, A., Lezioni di Diritto Civile sul Matrimonio, Padova, 1933.
 REAU, Roger, Gustave FORSSUIS et Robert MARTIN, Les lois suédoises sur le mariage, Paris, 1925.
 RENARD, Pierre, Le mariage est-il un contrat?, Paris 1901.
 RENDU, Réflexions sur quelques parties de notre législation civile.
 RETZBACH, Dr Anton, Das Recht der katholischen Kirche nach dem Codex Iuris Canonici, Freiburg, 1935.
 RICHTER, A. L., Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 8. Auflage, Leipzig, 1886.
 RIGAUD, Louis, Le mariage religieux Les effets en droit comparé et en droit international, in: Dossiers de l'Action populaire van 10 en 25 Januari 1930.
 ROGIER, L. J. Geschiedenis van het katholicisme in Noord-Nederland in de 16e en 17e eeuw, Amsterdam, 1945.
 ROGUIN, Ernest, Traité de droit civil comparé, Le Mariage, Paris, 1904.
 RONDONNEAU, L., Collection des lois françaises, Tome 3, Paris, 1811.

- RULHIÈRES, A. de, *Eclaircissements historiques sur les causes de la révocation de l'Edit de Nantes et sur l'état des Protestants en France*, Paris, 1788.
- RUTTEN, Mr L. E. H., *Het echtscheidingsvraagstuk, praeadvies voor het Thijmgenootschap, 's-Gravenhage*, 1948.

S

- SAGNAC, Philippe, *La législation civile de la Révolution française*, Paris, 1898.
- SANCHEZ, Thomas, *Disputationum de sancto matrimonii sacramento tomi tres*, Antverpiae, 1620.
- SARTORI O.F.M., P. Cosmas, *Enchiridion canonicum seu Sanctae Sedis Responsiones post editum Codicis J.C. datae juxta canonum Codicis ordinem digestae notulisque ornatae*, Edit. VII (1917-1944), Romae, 1945.
- SAUZET, *Réflexions sur le mariage civil et le mariage religieux en France et en Italie*, Lyon, 1853.
- SAVATIER, René, *Le droit, l'amour et la liberté*, 1937.
- SCHAEPMAN, Dr A. C. M., *Het burgerlijk huwelijk der Roomsche-Katholieken in Nederland*, Utrecht, 1900.
- SCOTUS, Joannes Duns, *Opera omnia collecta recognita, notis et scholiis et commentariis ill.*, ed. Cavellus-Wadding, Lugduni, 1639.
- SEIFERT-JAGDSCHAU, Tamara, *Das sowjetrussische Eherecht*, Berlin, 1940.
- SERIN, Maurice, *Etudes de droit international privé*, I. Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps, Toulouse, 1929.
- SERRIER, Geneviève, *De quelques recherches concernant le mariage contrat-sacrement*, Paris, 1928.
- SMET, Al. de, *Tractatus Theologico-canonicus De Sponsalibus et Matrimonio*, Ed. IVa., Brugis, 1927.
- STEPHEN's Commentaries on the laws of Engeland, 19th ed., General editor G. C. Cheshire D.C.L., M.A., Consulting editor Sir John Miles B.C.L., M.A., Volume I, Introduction, courts and procedure, The Law of persons by F. H. Lawson M.A., London, 1928.
- STOQUART, Emile, *Aperçu de l'Evolution Juridique du Mariage*, I. France, Bruxelles-Paris, 1905; II. Espagne, Bruxelles-Paris, 1907.
- STRANGER JONES, L. I., *Eversley's Law of Domestic Relations*, 6th ed., London, 1951.
- SVOBODA, Dr iur. Emil, *Das Eherecht in der Tschechoslowakischen Republik*, in: *Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr*, Band IV, *Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien*, 2. Auflage, Berlin, 1937, p. 278 vlg.

T

- TALON, *Traité de l'autorité des rois touchant l'administration de l'église*, Amsterdam, 1700.
- TCHIRKOVITCH, S., *Un nouveau Code de la famille en Bulgarie*, in: *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 13me année, no. 2, avril-juin, 1951, p. 304 vlg.
- THEINER, Aug., *Documents inédits relatifs aux affaires religieuses de la France, 1790-1800*, extraits des archives secrètes du Vatican, Paris, 1857-1858, 2 vol.
- *Acta genuina SS. Oecumeni Concilii Tridentini, Zagrabiae*, 1874, 2 vol.
- THEZARD, Léopold, *Le mariage civil*, in: *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, Année 1877, Paris, 1877, p. 480 vlg. en p. 553 vlg.
- THIERIET, *Mariage civil, mariage religieux*, Lettre à M. le directeur de la Revue, van 25 September 1846, in: *Revue de législation et de jurisprudence*, 12me Année

- de la publication, nouvelle collection, Année 1846, Tome III, Paris, 1846 p. 161-172.
- Mariage civil, mariage religieux, in: Revue de législation et de jurisprudence, nouvelle collection, 13^{me} Année de la publication, Tome IV, Paris, 1847, p. 370-392.
- THUAT-GRANDVILLE, Gazette nationale ou le Moniteur Universel, commencé le 5 mai 1789 (jusqu'au 31 décembre 1868), Précédé d'une introduction historique, Paris 1789-1868.
- TOULLIER, Mr C. B. M., Le droit civil français suivant l'ordre du code, 5^{me} éd., Bruxelles, 1824-1837.
- TRIEBS, Franz, Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts, Breslau, 1925-1932, 4 vol.
- TRUDEL, Gérard, Traité de droit civil de Québec, Tome I, Le droit international privé, l'état civil, l'absence, le domicile, le mariage, la séparation de corps, Montréal, 1942.
- TÜNNISSEN O.P., G. W. A., en Dr Th. M. VLAMING, Huwelijkswetgeving der Katholieke Kerk, Nijmegen, 1932.
- TURGOT, OEUVRES de —, nouvelle édition (ed. Eugène Daire), 2 Tomes, Paris, 1844.

V

- VALERY, Jules, Les accords du Latran et le droit international privé, La nouvelle législation italienne sur le mariage, in: Journal du droit international, 57^{me} année, Tome 57, 1930, p. 289 vlg.
- VANTROYS, Alexandre, Etude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants en droit romain, droit ancien et droit civil, Paris, 1889.
- VASSALI, Lezioni di Diritto Matrimoniale, Padova, 1932.
- VECCHIOTTI, Sept. M., Institutiones canonicae, ed. decimanona, Taurini-Romae.
- VETH, Gerda, Simulatie in het privaatrecht, Amsterdam, 1921.
- VILJO SAINO, Dr jur., Das Ererecht Finlands, in: Leske-Loewenfeld, Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, Band IV, Das Eherecht der europäischen Staaten und ihrer Kolonien, 2. Auflage, Berlin, 1937, p. 659 vlg.
- VIOLLET, Paul, Histoire du droit civil français, 3^{me} éd., Paris, 1905.
- VLAMING, Th. M., Praelectiones de iure matrimonii, Warmundae, 1897-1898.
- -L. BENDER O.P., Praelectiones iuris matrimonii ad normam Codicis Iuris Canonici, 4a ed., Bussum, 1950.
- VÖLLMAR, Mr Dr H. F. A., Nederlands Burgerlijk Recht, 1e deel, Inleiding, Personen- en Familierecht, Zwolle, 1951.
- VOORDUIN, Mr J. C., Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken, 2e deel, Utrecht, 1837.
- VOS, B. H., Rechtsgeschiedkundige Beschouwingen over het Romeinsche Huwelijk, Leiden, 1913.

W

- WALKER, M., Collection complète, par ordre chronologique, des lois, édits, traités de paix, ordonnances, déclarations et règlements d'intérêt général antérieurs à 1789, Tome I, Paris, 1835.
- WARMMEYER, Otto, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen, 1923-1927.
- WEISS, André, Traité théorique et pratique de droit international privé, Tome III, Le conflit des lois, I, Paris, 1898.
- WELIE, Dr F. A. M. van, Hoofdstukken van canoniek Huwelijksrecht, Nijmegen-Utrecht, 1946.

- (Geciteerd als: VAN WELIE).
- Hoofdstuk IV, De beletselen (gestencild dictaat).
(Geciteerd als: VAN WELIE, Beletselen).
- WERNZ S.J., F. X. - P. VIDAL S.J., *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, Tomus V, *Ius Matrimoniale*, ed. 3a, Romae, 1946.
- WOLFF, Karl, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts*, 3. Auflage, Wien, 1946.
- WINFIELD, P. H., *Jenk's English Civil Law*, Vol. I & II, 4th ed., London, 1947.
- WOUTERS C.ss.R., L., *De forma promissionis et celebrationis matrimonii*, ed. 5a, Bussum, 1919.
- WOUTERS, P. en M. DELTERNE, *Aperçu des législations en matière de mariage*, Bruxelles-Paris, 1934.
- Gegevens betreffende het huwelijksrecht in Europa, Numa-uitgave, Amsterdam, 1940.
- Richtlijnen van het Nederlands Episcopaat inzake Procedures betreffende burgerlijke echtscheiding en scheiding van tafel en bed, uitgegeven door het Landelijk Secretariaat der Katholieke Actie, Heemstede, 1951.
- Rapport betreffende oorzaken en gevolgen van de scheiding van het kerkelijk en burgerlijk huwelijk, Uitgave: Centrale Caritas, Maastricht, 1952.

Opus, quod inscribitur De dualiteit van kerkelijk en burgerlijk huwelijk, auctore Adriano Joanne Maria van Overveldt, ex auctoritate Excellentissimi Episcopi Buscoducensis et legum academicarum praescripto recognitum, quum fidei aut bonis moribus contrarium nihil continere visum fuerit, imprimi potest

DR MONALD GOEMANS O F M
Theologiae Facultatis Decanus

NOVIOMAGI, die 30 Martii 1953

STELLINGEN.

I.

Ten onrechte zegt Prof. Mr Dr Th. Keulemans O.Carm., dat het burgerlijk huwelijk in 1656 voor alle zeven Provinciën obligatoir werd.

Prof. Mr Dr Th. Keulemans O.Carm., *De paradox der echtscheiding, praeadvies voor het Thijmgenootschap*, 1948, p. 74.

II.

De „partus ancillae” wordt eigendom van de eigenaar der slavin.

III.

Indien de waarborgen, bedoeld in de canones 1061 en 1071 C.I.C., fictief zijn gegeven is de dispensatie in het beletsel van gemengde godsdienst en dat van verschil van eredienst ongeldig.

IV.

Onder „betalen” in artikel 1639o B.W. moet ook worden begrepen „aanbieden te betalen”.

V.

Ten onrechte zegt Prof. Dr L. G. J. Verberne, dat het recht van interpellatie in de grondwet van 1815 aan de Tweede Kamer werd toegekend.

Prof. Dr L. G. J. Verberne, *Geschiedenis van Nederland, deel VII, Nieuwste Geschiedenis*, Amsterdam 1937, p. 28.

VI.

De opsporingsambtenaren, bedoeld in artikel 20 van de Radio-luisterbeschikking 1950, kunnen aan dat artikel geen recht ontleenen tot het binnentreden van een woning tegen de wil van de bewoner.

VII.

Ten onrechte zegt de Hoge Raad in zijn arrest van 10 December 1928, N. J. 1929 p. 1725, dat in de geschiedenis der totstandkoming noch van artikel 64 van het tegenwoordige Wetboek van Strafvordering, noch van artikel 86 van het vorige wetboek iets te vinden is, dat steun zou geven aan de opvatting, dat de wetgever voorlopige hechtenis zou hebben willen toelaten, ook wanneer van de zijde van de verdachte geen enkel gevaar zou dreigen en de voorlopige hechtenis dus te zijnen opzichte volkomen ongemotiveerd zou zijn.

VIII.

Terzake van het misdrijf, omschreven bij artikel 20, lid 1, sub c van de Telegraaf- en Telefoonwet 1904 (Staatsblad no. 7), kan geen veroordeling volgen.

IX.

Een strafvervolging ex artikel 25 van de Jachtwet 1923 kan nimmer tot een veroordelend vonnis leiden, daar niet alle in een op dit artikel gebaseerde telastelegging opgenomen de strafbaarheid bepalende feiten kunnen worden bewezen.



